فلسفة نظم القانون المصرى

الجزء الثالث
العصر الإسلامى

دكتور
السيد عبد الحميد فوده
مدرس فلسفة القانون وتاريخه
كلية الشريعة والقانون بطنطا - جامعة الأزهر

٢٠٠٢
• الطبعة الأولى •

فلسفة نظم القانون المصرى

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً﴾

صدق الله العظيم

إهداء

إلى روح أبي رحمه الله

حباً ودعاءً

دكتور / السيد فوده

الكتاب الرابع

نظم القانون المصرى فى العصر الإسلامى

حدود العصر الإسلامى «نطاق الدراسة» :

جاء فتح العرب المسلمون لمصر إثر تخطيط حكيم فى نطاق نشر الدعوة الإسلامية، تلك التى كان من أهم سماتها العالمية[1]. فلقد فتح الجيش العربى مصر بقيادة «عمرو بن العاص» خلال عامى ١٩ - ٢٠هـ واشتبك في معارك متعددة مع القوات الرومانية البيزنطية إلى أن تمكن من تحرير البلاد وطرد آخر جنود الروم من الإسكندرية عام ٢٠هـ - ٦٤١م. وقد ترتب على هذا الفتح أن أصبحت مصر ولاية إسلامية داخل الإمبراطورية العربية[2].

ولقد كان الفتح الإسلامى لمصر نقطة تحول هام في تاريخ القانون فى مصر، إذ تخلت مصر نهائياً عن دينها ولغتها وقانونها وفتحت ذراعيها

---

(١) دكتور / محمود السقا : تاريخ القانون المصرى، الناشر دار النهضة العربية، ص٣٣١ .

(٢) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى : دروس فى تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٨٥ / ١٩٨٦، الجزء الأول ، ص ٣٦٩ .

وأنظر فى تفصيلات الدوافع الدينية والعسكرية والإقتصادية لفتح مصر، دكتور/ عبد الشافى محمد عبد اللطيف: دوافع الفتح الإسلامى لمصر، مقال منشور بجريدة صوت الأزهر، العدد الثالث والستون بتاريخ ٨ / ١٢ / ٢٠٠٠، ص١١ .

وأنظر أيضاً فى أسباب فتح العرب لمصر، دكتور/ محمد على الصافورى: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والحديث. ص١٤

للإسلام، لغة وديناً وقانوناً. فلم يمض قرنان من الفتح الإسلامى إلا وكان الإسلام دين الكثرة الساحقة من المصريين، كما أن اللغة العربية أصبحت اللغة العربية القومية لكل السكان، وبدأت اللغات المحلية فى الاندثار منذ أواخر القرن الرابع الهجرى (العاشر الميلادى). ومن ناحية أخري كانت الشريعة الإسلامية هى القانون العام للبلاد، دون تفرقة بين مسلمين وغير مسلمين منذ بداية الفتح الإسلامى وحتى صدور التقنينات الحديثة[1]. وبموجب ذلك فإن المصريين غير المسلمين أصبح وضعهم القانونى هو الوضع المقرر شرعاً للذميين[2].

إلا أن مصر لم تبق طيلة عهدها الإسلامى مجرد ولاية تابعة للخلفاء يحكمونها بولاة يرسلونهم إليها، بل تغيرت أحوالها السياسية ما بين تبعية واستقلال، مما أثر على ظروف الحياة فيها وعلى تطور نظمها القانونية. فبينما كانت فى عهد الخلفاء الراشدين وفى العصر الأموى وفى بداية العصر العباسى ولاية من ولايات الدولة الإسلامية (وهو ما اصطلح على تسميته بعصر الولاة)، نجدها تصبح إمارة مستقلة خلال النصف الثانى من العصر العباسى حينما استقل بها «أحمد بن طولون» وذريته فى الفترة ما بين عام ٢٥٤هـ، عام ٢٩٣هـ (٨٦٨ - ٩٠٥م)، ولكن لم يدم الحكم الطولونى أكثر من ثمانية وثلاثين عاما عادت مصر بعدها إلى الخضوع للخلافة العباسية. وقد تكررت المحاولة مرة أخرى عندما أولى الخليفة العباسى

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى ، الطبعة الأولى ١٩٩٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، ص٣ .

(٢) دكتور / محمد على الصافورى. تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والحديث. ص١٩

مصر إلى «محمد بن طفج خشيد» عام ٣٢٣هـ (٩٣٥م) فاستقل بالبلاد وخلفه إبنه الذى كان صغير السن فتولى شئون مصر «كافور الإخشيد» بوصفه وصياً عليه، واستمر يحكم البلاد إلى أن مات عام ٩٦٧م. وقد استولى الفاطميون على مصر وأقاموا بها دولتهم بعد وفاة «كافور» بعام واحد، وقد إستمرت دولة الفاطميين فى مصر مايزيد عن قرنين من الزمان (٣٥٨ - ٥٧٦ هـ، ٩٦٩ - ١١٧١م)[1]. ويمكن تقسيم الحكم الفاطمى لمصر إلى فترتين، تتميز الفترة الأولى منهما بالقوة والإزدهار، حيث إمتد نفوذ الفاطميين إلى الحجاز واليمن والمغرب وصقلية والشام، أما الفترة الثانية من تاريخ هذا الحكم فقد ساد فيها الضعف والانحلال حيث توالى انفصال أجزاء الدولة الفاطمية واحداً بعد الآخر، كذلك فقد شهدت هذه الفترة قدوم أولى الحملات الصليبية وسقوط العديد من مدن الشامُ التابعة للحكم الفاطمى، كما شهدت تمزق الأمة الإسلامية وخيانة بعض الخلفاء الفاطميين فى عدم مقاومة الصليبيين، بل وأحياناً فى التعاون معهم مما أدى إلى دخولهم أرض مصر ثلاث مرات، ولكن لم تنجح الجيوش الصليبية فى إخضاع البلاد أو حتى فى البقاء فيها، إذ طردتهم قوات الأمير الفاطمى

---

(١) ينتمي الفاطميون إلي إحدى فرق الشيعه الإسلامية (فرقة الإسماعيلية)، وقد كانوا يعملون - بعد أن أسسوا دولتهم في المغرب الأدنى - علي تكبير رقعة هذه الدولة وإقامة خلافة شيعية تستطيع القضاء على الدولة العباسية فى بغداد، أو على الأقل منافستها. وكان الاستيلاء على مصر يمثل أحسن وسيلة لتحقيق مأربهم،بالنظر إلى مكانتها التاريخية وموقعها الجغرافى، ومن هنا كانت محاولاتهم العسكرية المتعددة، إلى أن تمكن «جوهر الصقلى»قائد جيوش المعز لدين الله الفاطمى من الاستيلاء على البلاد ومن إنشاء القاهرة لتصبح عاصمة الفاطميين الجديدة. دكتور / محمد عبد الهادى الشقنقيرى. دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٧٠

«نور الدين زنكي» بقيادة «أسد الدين شيركوه» الذي أصطحب معه إلى مصر إبن أخيه «صلاح الدين». وقد عمل «صلاح الدين» بعد وفاة عمه «أسد الدين» وزيراً للخليفة الفاطمى، وبعد وفاة هذا الأخير شرع صلاح الدين يمكن لنفسه فى الاستقلال بحكم مصر حتى أصبحت سلطته فيها بدون منازع، وبذلك تكونت الدولة الأيوبية التى صارت فى حياة «صلاح الدين» أعظم دولة في الشرق الأوسط إذ سيطرت على معظم مدن الشام وانتصرت على الصليبيين وأسقطت معاقلهم (٥٦٧ - ٦٤٨هـ ١١٧١ - ١٢٥٠م). وبعد وفاة «صلاح الدين» عام ١١٩٣م ، تقاسم أفراد أسرته أجزاء دولته الواسعه، ولم يستطيعوا - نظراً لمنازعاتهم السياسية - القيام بحملات أو بجهود مشابهة لتلك التى قام بها «صلاح الدين» ، وتتميز هذه الفترة باتجاه الحملات الصليبية إلى مصر - معقل السلطنه الأيوبية- بدلاً من توجهها إلى الشام، وقد باء كل هذه المحاولات بالفشل، كذلك فقد إنتهى الحكم الأيوبى بعد انتصاره على الحملة الصليبية التى توجهت إلى مصر بقيادة «لويس التاسع عشر»، إذ قتل أحد قواد المماليك آخر السلاطين الأيوبيين «توران شاه» عام ١٢٥٠م، وكان فى ذلك بداية عهد جديد فى تاريخ مصر هو العهد المملوكى. وقد امتد العصر المملوكى فى مصر مايقرب من ثلاثة قرون (٦٤٨ - ٩٢٣هـ ١٢٥٠-١٥١٧م)، ومن أهم أحداث هذا العصر أن أصبحت مصر مقراً للخلافة العباسية بعد أن استولى المغول على بغداد وقضوا على الخلافة بها، كذلك فقد تمكنت الجيوش المصرية بقيادة المماليك من إلحاق الهزيمة بالمغول وإيقاف زحفهم على الشام ومصر، ومن تصفية الممالك الصليبية التي كانت قد استمرت فى بعض مدن الشام وفلسطين. بيد أن المماليك تنازعوا السلطة فيما بينهم، مما أدى فى النهاية إلى تقلبات فى الحكم (دولة المماليك البحرية ثم دولة

المماليك البرجية) وإلى ضعف فى القوة العسكرية، ترتب عليه استيلاء العثمانيون على البلاد بقيادة السلطان «سليم الأول» عام (٩٢٣هـ) ١٥١٧م. وهكذا فقدت مصر من جديد استقلالها وأصبحت إحدى ولايات الدولة العثمانية، وإنتقل مركز الثقل فى العالم الإسلامى إلى «إستانبول» عاصمة الإمبراطورية الجديدة، ولم تعد لمصر أهمية تذكر فى سير الأحداث فى المنطقة طوال هذا العصر الذي استمر ثلاثة قرون تقريباً، وذلك إلى أن ولى الحكم «محمد على » عام ١٨٠٥م، حيث بدأ بولايته عصر جديد من الوجهتين السياسية والقانونية[١]، وهو ما اصطلح على تسميته بالعصر الحديث.

وبذلك فإن العصر الإسلامى فى مصر يشمل الفترة الواقعة بين سنه ٦٤١ وسنه ١٨٠٥م وهو تاريخ تولى «محمد على» الحكم، ومن ثم فإ هذا العصر يمتد لحقبة تتجاوز أحد عشر قرناً من الزمان. ولقد طرأت على النظم القانونية فى مصر فى خلال العصر الإسلامى تطورات عميقة ستكون هى محور الدراسة فى الأبواب التالية.

تقسيم:

سوف نقوم بدراسة النظم القانونية فى مصر خلال العصر الإسلامى من خلال ثلاثة أبواب، ندرس فى الأول مصادر القاعدة القانونية فى مصر خلال العصر الإسلامى، وندرس فى الباب الثانى نظم القانون العام، وفى الباب الثالث ندرس نظم القانون الخاص.

---

(١) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص ٣٧٠ وما بعدها

الباب الأول

مصادر القاعدة القانونية

فى مصر الإسلامية

الإسلام دين ودولة، بمعنى أنه عقيدة وفي نفس الوقت نظام وتنظيم للبشر فى الحياة الدنيا. وطبقاً لهذا المبدأ فإن الشريعة الإسلامية أصبحت واجبة التطبيق بمجرد دخول مصر في الدولة العربية الإسلامية، أسوة بما تم فى بقية أنحاء الدولة الإسلامية، حيث أن مصر أصبحت منذ فتح العرب لها ولاية من ولايات دار الإسلام، ودار الإسلام تطبق فيها الشريعة الإسلامية تطبيقاً إقليمياً، أى على كل من يقيم فيها[1].

وفي بداية العصر الإسلامى فى مصر لم يطبق الولاة الشريعة الإسلامية تطبيقاً إقليمياً، بمعنى أنهم لم يطبقوها على كل من يقيم فى مصر، وإنما سمحوا لغير المسلمين تطبيق قوانينهم الخاصه بهم. ثم بعد ذلك عندما استتب الحكم لهم فى مصر، قاموا بتطبيقها تطبيقاً إقليمياً، بمعنى أنهم طبقوها على كل سكان مصر فى كافة المسائل بإستثناء مسائل الأحوال الشخصية، فإنهم سمحوا لغير المسلمين فيها تطبيق قوانينهم الخاصة بهم إذا لجأوا إلى قضاتهم، أما إذا لجأوا إلي القضاة المسلمين فإهم كانوا يخضعون

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى. فلسفة نظم القانون المصرى، طبعة ١٩٧٩، الناشر دار الفكر العربى، ص ٣٨٣.

فيها لأحكام الشريعة الإسلامية[١].

يتضح مما سبق أن الشريعة الإسلامية لم تكن بمفردها هى الواجهة التطبيق فى مصر فى العصر الإسلامى، وإنما كان يطبق إلي جوارها القوانين الخاصة بغير المسلمين فى مسائل الأحوال الشخصية، وعلى ذلك فسوف ندرس فيما يلى الشريعة الإسلامية كمصدر أول للقانون فى مصر الإسلامية، ثم شريعة الأقباط كصورة من صور التشريعات الدينية لغير المسلمين، كما ندرس العرف باعتباره مصدراً للقانون، وأخيراً التشريعات التى أصدرها الحكام فى مصر.

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى «فترة تطبيق الشريعة الإسلامية»، طبعة ١٩٩٨، الناشر دار النهضة العربية، ص٣٩

الفصل الأول

الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هى مجموعة الأحكام الشرعية التى خاطب الله بها المسلمين[١]. ومصادر الشريعة يطلق عليها فقهاء المسلمين الأدلة الشرعية أو الأصول، وهى تنحصر فى ثلاثة مصادر: الكتاب والسنة والاجتهاد[٢]. وهى تنقسم إلى قسمين: قسم أساسى وهو القرآن والسنة،

---

(١) يراد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله لعباده المسلمين من أحكام، سواء كانت هذه الأحكام متعلقة بالعقيدة أم بالأخلاق أم بتنظيم ما يصدر عن الناس من أقوال وأفعال وتصرفات. والأحكام الخاصة بالعقيدة تدور حول الإيمان بالله وكتبه ورسله والدار الآخرة..إلخ، وهذه الموضوعات أفرد لها المسلمون علماً خاصاً بها هو «علم الكلام» أو «علم التوحيد». أما الأحكام المتعلقة بالأخلاق، مثل تهذيب النفس وما يجب أن يكون عليه الإنسان فى علاقاته الإجتماعية والمثل العليا التى يجب أن يتحلى بها ..إلخ ، فتدخل فميا يعرف باسم «الآداب» أى «علم الأخلاق». أما مجموعة الأحكام الشرعية العملية التي تنظم أفعال المكلفين وأقوالهم وتصرفاتهم فقد خصوها بتعبير «الفقه». ويبين من ذلك أن الفقه أخص من الشريعة، وهو بهذا المعنى الخاص يشابه إلى حد كبير اصطلاح «القانون» فى العصر الحديث. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، الطبعه الثالثة، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م، الناشر دار النهضة العربية، ص٢٧.

(٢) استناداً إلى سؤال الرسول «صلى الله عليه وسلم» لمعاذ بن جبل عند سفره إلي اليمن:بم تقضي؟ قال: بكتاب الله. قال: فإن لم تجد؟ قال: فبسنة رسول الله، قال:فإ لم تجد؟ قال أجتهد رأيي.

وآخر فرعى أو تابع وهو الاجتهاد. وبعض الفقهاء يقسم تلك المصادر إلى: مصادر نقلية، ومصادر عقلية. وقد اختلفت مصادر التشريع الإسلامى باختلاف العصور، إذ بدأت نقلية ثم ظهرت الأدلة العقلية بالتدريج(١)

وقد صارت الشريعة الإسلامية بعد الفتح العربى، الشريعة العامة فى مصر، فكانات تطبق على المسلمين وغيرهم فيما عدا الأمور التى سمح فيها - على سبيل الاستثناء - بتطبيق شريعة أخرى. بيد أن الشريعة الإسلامية لم تكن تشتمل قبل نشأة المذاهب الفقهية واكتمالها إلا على عدد محدود نسبياً من الأحكام، وهى الأحكام التى وردت فى القرآن الكريم وتلك التى رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم، وقد إزدادت هذه الأحكام عندما لجأ الفقهاء إلى استخدام القياس والإجماع فى استنباط أحكام جديدة لمواجهة ما تمخضت عنه الظروف المتغيرة. وقد أسفر النشاط الفقهى عن قيام مذاهب فقهية مختلفة، فانقسم المسلمون إلى أهل سنة وشيعة، وانقسم أهل السنة إلى مالكية وحنفية وشافعية وحنابلة(٢).

وقد ساد في مصر في أول الأمر مذهب الإمام مالك، ولكن عندما قدم الإمام الشافعى إلي البلاد انتشر مذهبه فيها وصارت له الغلبة. بيد أن الأمور تغيرت بوصول الفاطميين إلى مصر، فقد طبق الفاطميون مذهبهم الشيعى وألزموا القضاة بتطبيقه على مايعرض عليهم من منازعات، ولم

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، طبعة ١٩٨١، الناشر دار الفكر العربى، ص ١١٢.

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٧٣، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤٤٨

يقتصر الأمر على ذلك، بل أنكرت سائر المذاهب الأخرى واعتبرت دراسة أى مذهب آخر أو اقتناء كتاب من كتبه جريمة معاقب عليها. وعندما زالت الدولة الفاطمية وحلت محلها الدولة الأيوبية عاد الفكر السنى إلى البلاد وأبطل القضاء بمذهب الشيعة واستقر الأمر من جديد للمذهب الشافعى. واستمر الحال على ذلك حتى أول عهد المماليك حيث أمر الظاهر بيبرس بتعيين القضاة من المذاهب الأربعة، وأصبح لكل واحد من هؤلاء القضاة الحكم بما يقتضيه مذهبه[1]. وبعد أن إزداد المماليك الشراكسة، أدخلوا فى مصر مجموعة القوانين التترية التى وضعها ملك التتار «جنكيز خان»، وقد طبقت هذه

---

(١) «ومنذ سلطنة بيبرس إلى سقوط دولة المماليك، عين أربعة قاضى قضاة، استقل كل واحد منهم عن الآخرين، يسمون الحكام الأربعة، كل منه يحكم بمذهب، هم: الشافعى، والحنفى، والمالكى، والحنبلى. فلعل بيبرس لم ير أن يجعل الشافعى يسيطر وحده على القضاء فى مصر، وقيل أن ذلك من المصلحة العامة. ومع ذلك بقي لقاضى قضاة الشافعية الأولوية بأن أضيفت له مهام زائدة، وذلك راجعاً طبعاً لأن أهل مصر كان معظمهم شافعية. ومن الطريف أن المذهب الحنفى كان يليه فى المرتبة، والسبب فى هذا أن المماليك وهم ترك كان أغلبهم على مذهبه، الذى - بملاحظة المؤرخين - لم يكن له فى مصر قبل المماليك كثير من الأتباع. ويليه المالكى، الذى كان أول مذاهب السنة التى انتشرت بين المصريين، إلا أن الشافعى طغى عليه، فالشافعى جاء بنفسه إلي مصر ودفن بها وخص بعمله أهل مصر، وأخيراً المذهب الحنبلى، الذى لم تكن له أرض فى مصر، وإنما كان نفوذه فى العراق ، حيث قضى عليه فيها بسقوط الخلافة العباسيةفى بغداد على يد المغول، فانتقل إلى مصر». دكتور/ عبد المنعم ماجد: دولة سلاطين المماليك ورسومهم فى مصر «دراسة شاملة للنظم السياسية»، طبعة ١٩٦٤، الناشر مكتبة الأنجلو المصرية، ص٩٤ .

القوانين فى المسائل المدنية بجانب الشريعة الإسلامية التى اقتصر نطاق تطبيقها على المسائل الشرعية المتعلقة بالزواج وآثاره ومسائل اليتامى والأوقاف. وقد استمر الحال على ذلك إلي أن فتح العثمانيون مصر، فأعاد السلطان «سليم» العمل بأحكام الشريعة الإسلامية[١]، وفى هذا العصر العثمانى أصبحت الغلبة للمذهب الحنفى، حيث أصدر السلطان «سليم الأول» فرماناً جعل بمقتضاه المذهب الحنفى هو المذهب الرسمى فى الدولة العثمانية وعليه يصير القضاء والفتوى فى المعاملات[٢]، وقد استمر هذا الوضع إلى العصر الحديث.

---

(١) دكتور/ محمد عبدالهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٠٢ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب :تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٣٦ .

الفصل الثانى

شريعة الأقباط

من المسلم به أن الديانة المسيحية لم تتعرض لوضع مبادىء ونظم قانونية، بل ركزت تعاليمها علي جوانب العقيدة والشعائر والأخلاق[١]. ولعل السبب فى ذلك يرجع إلى أنها جاءت مكملة للديانة اليهودية التى تتضمن تنظيماً قانونياً، ويرجع البعض ذلك إلى أن المجتمعات التى نشأ فيها الدين المسيحى أو تلك التى انتشرت فيها فيما بعد لم تكن في حاجة إلى تنظيم قانوني وإنما إلى الهداية الروحية والخلقية.

وقد أدت الظروف التى إنتشرت فيها الديانة المسيحية إلى ظهور نظام قانونى وضعته الكنيسة لتنظيم أمور المسيحيين، عرف باسم «القانون الكنسى». وتتمثل هذه الظروف في أن الدولة الرومانية التي ظهر بها الدين المسيحى - حيث أنه ظهر بفلسطين، وكانت فى ذلك الوقت إحدى ولايات الإمبراطورية الرومانية - كانت تضطهد فى بداية الأمر هذا الدين ومعتنقيه، مما أدى إلى تكتل وتجمع المسيحيين في شكل كنائس صغيرة تبتعد عن الدولة الرومانية، وتنظم نفسها تنظيماً داخلياً، وقد أدى ذلك إلى ظهور

---

(١) ولذلك نجد السيد المسيح عليه السلام رفض أن يقوم بدور القاضى أو المشرع حينما طلب منه أحد الأشخاص أن يأمر أخاه بمقاسمته الميراث. ويدل على ذلك ما جاء فى إنجيل لوقا (الإصحاح الثانى عشر،١٣، ١٤): «وقال له واحد من الجمع يا معلم قل لأخى أن يقاسمنى الميراث، فقال له يا إنسان من أقامنى عليكما قاضياً أو مقسماً»

قانون خاص برعايا الكنيسة عرف باسم القانون الكنسى قام أساساً لمجابهة مشاكل الأسرة وتنظيم مسائلها، ثم انتشر تدريجياً إلى علاقات إجتماعية أخرى. وقد استمدت قواعده من مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ومن بعض قواعد القوانين الوضعية بعد تعديلها بما يتلائم مع الدين المسيحى[1]. وقد اعترف الأباطرة الرومان - بعد إعترافهم بالمسيحية كدين رسمى للدولة - للكنيسة باختصاص قضائى تطبق من خلاله قواعد القانون الكنسي، وهكذا نجد الكنائس وقد حازت نوعاً من الاستقلال الذاتى حيث أصبح لها محاكمها المستقلة التى تنظر مسائل الأحوال الشخصية[2].

وقد توصلت الكنيسة المصرية، فى نهاية العصر البيزنطى، إلى اكتساب الحق فى نظر القضايا ذات الطابع الدينى المتعلقة بتابعيها، مثل قضايا الزواج والطلاق. وكانت الكنيسة تطبق بالنسبة لهذه المسائل الأحكام التى وردت فى الإنجيل أو القرارات التي صدرت فى خصوصها من المجامع المسيحية العامة أو المحلية [3]. وفيما عدا ذلك من الشئون كانت تختص به محاكم الدولة المدنية، والتى كانت تطبق قواعد قانونية مصدرها القانون الفرعونى المتأثر ببعض الأفكار الإغريقية والرومانية التي أدخلت عليه في العصرين البطلمى والرومانى[4].

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٦٥ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، طبعة ١٩٧٨، الناشر دار الفكر العربى، ص ٢٩١ .

(٣) دكتور محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٠٣ .

(٤) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ١١٧

وفى أول العهد الإسلامى في مصر، قام عمر بن العاص بتقسيم البلاد إلى وحدات إدارية، وعين لكل وحدة منها قاضياً قبطياً يفصل في منازعات غير المسلمين وفقاً لأحكام القانون المصرى الفرعونى (بعد التعديلات التي أدخلت عليه خلال العصرين البطلمى والرومانى)، وكانت المنازعات التى تثور بين طرفين أحدهما مسلم والآخر غير مسلم تعرض على مجلس قضائى يضم قضاة من الطرفين[1]. وقد استمر هذا الوضع حتى تولى معاوية بين أبي سفيان الخلافة، فقرر عدم جواز انفراد القاضى غير المسلم بالجلوس للقضاء فى المسائل المدنية، حتى بين غير المسلمين، فأضيف إلي القاضى الذمى قاض مسلم للفصل فى المنازعات المدنية. ولم يعد للقاضى القبطى ولاية قضائية كامله إلا بصدد منازعات الأحوال الشخصية، وهى التى يطبق عليها أحكام القانون الكنسى[2].

وعندما انتشر الإسلام فى مصر، تقر الأخذ بمبدأ إقليمية الشريعة الإسلامية، بمعنى أن تطبق الشريعة الإسلامية على كل سكان مصر أياً كانت ديانتهم فى مجال المنازعات المدنية والجنائية، ويطبقها القاضى المسلم دون سواه[3]. ولم يعد للأقباط أى أختصاص قضائى خارج نطاق الأحوال الشخصية، وحتى بالنسبة لهذه المسائل فقد كان الاختصاص ينعقد للقاضى المسلم إذا ترافع إليه غير المسلمين، ويطبق عليهم أحكام الشريعة

(١) دكتور / محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصري، ص ٤٥٠ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى : فلسفة نظم القانون المصرى، ص ٣٧٨ .

(٣) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٦٧

الإسلامية[1].

(١) الأستاذ/ محمود محمد عرنوس: تاريخ القضاء فى الإسلام، القاهرة ١٩٣٤ ، ص ١٠.
ويرى البعض أنه قد صدرت فى عهد العثمانيين فرمانات تمنح السلطة القضائية للرؤساء الدينيين للطوائف غير المسلمة، فقد جعل السلطان محمد لبطريرك الروم ولاية القضاء فى كافة الأمور المدنية والجنائية، ثم تأكدت تلك الولاية على يد السلطان سليم الأول عام ١٥١٩ . وكان بطاركة الروم يطبقون القوانين الكنسية فى المسائل الدينية والجنائية، ويطبقون القانون الرومانى فى المسائل المدنية. وقد سرت هذه الفرمانات فى مصر باعتبارها ولاية من ولايات الدولة العثمانية. ويرى أنصار ذلك الرأى كذلك أن الفرمان الصادر فى عام ١٨٣٩ والمعروف بخط كلخانة قد أكد هذه الحقوق للطوائف غير الإسلامية، وفى عهد سعيد ظهر الخط الهمايونى عام ١٨٥٦، وأصبح اختصاص المجالس الملية قاصرٌ على مسائل الأحوال الشخصية لاتصالها بالدين كما كان من قبل. دكتور/ شفيق شحاته: تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية، ص ٤٨ ، نقلاً عن دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٩٧، النشر دار نهضة الشرق، ص ٤٠٨ .

الفصل الثالث

العــرف

ترجع أهمية العرف كمصدر للقاعدة القانونية فى مصر الإسلامية، إلى أنه كان المصدر الرئيسى فى بداية العصر الإسلامي فى مصر[١]. فلم يترتب على فتح العرب لمصر - فى أوائل العصر الإسلامى -أى تغيير جوهرى فى مضمون القواعد القانونية التى اعتادت البلاد على تطبيقها، بل إستمر المصريون - قبل أن تستقر الشريعة الإسلامية - يتبعون نفس القوعد القانونية التي كانت مطبقة قبل الفتح العربى[٢]. وهذه القواعد كانت عبارة عن أحكام القانون الفرعونى الذى أثرت فيه المبادىء القانونية الإغريقية ثم الرومانية. وبزوال الحكم الرومانى لم يعد لتلك القواعد أية قوة رسمية، فلا يمكن أن نعتبرها صورة من صور التشريع، ولكن على أساس اعتياد الناس الخضوع لها عدة قرون من الزمان، فإن تلك القواعد يمكن إعتبارها من قبيل العرف، ويمكن أن تصبح مصدراً للقاعدة القانونية فى العصر الإسلامى مادامت لا تتعارض مع الكتاب والسنة[٣].

---

(١) يقصد بالعرف فى نظر فقهاء المسلمين: «ما اعتاده الناس وألفوه وساروا عليه فى أمورهم ، فعلاً كان أو قولاً، دون أن يعارض الكتاب والسنة». دكتور/ محمد زكريا البرديسى: أصول الفقه، طبعه ١٩٦٩ ، ص ٣٢٩ .

(٢) دكتور / محمد عبد الهادى الشقنقيري: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٠٠ .

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى : تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص ٢٩٢ .

وبهذا فإن العرف كان له دور كبير كمصدر للقانون فى مصر في بداية العصر الإسلامى، كما أنه لم يفقد هذا الدور بصورة كلية عندما طبقت الشريعة الإسلامية فى مصر تطبيقاً إقليمياً علي كل سكان مصر، حيث أن الشريعة الإسلامية تقر الأخذ بالعرف مادام أنه لا يتعارض مع الكتاب والسنة[١]. فقد كان للعرف دور كبير فى تطور الفقه الإسلامى، فإذا كان الفقه قد إعتمد أصلاً على المصدر السماوى، إلا أن المصدر السماوى قام بالتركيز علي عدد محدود من قواعد القانون أتى بها فى شكل قواعد كلية، وهكذا ترك باب الإجتهاد مفتوحاً لمواجهة التفصيلات والقواعد الجزئية. وقد كان العرف معيناً لا ينضب، مد الفقهاء بثروة متجددة أضفت على الفقه الإسلامي الحيوية والواقعيةوالمرونة[٢].

وقد استمرت الأعراف المصرية فى تأثيرها على القواعد القانونية المطبقة فى البلاد حتى بعد نمو الشريعة الإسلامية وتكوين المدارس الفقهية، وذلك عن طريق الفقهاء المسلمين الذين أمضوا حياتهم فى مصر، والذين أتيحت لهم الفرصة لمعرفة عادات المصريين وتقاليدهم وأعرافهم فى المجالات القانونية المختلفة، ولقد كان من الطبيعى أن يطبق هؤلاء الفقهاء المعايير الإسلامية على هذه الأعراف حتى يستبقون منها ما يتفق مع الشريعة

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح السلامى، ص ٦٣ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص ٣٨٨ .

وأنظر فى أثر العرف فى تطور الفقه الإسلامى: دكتور / صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ١٩٠ - ٢٠٥ .

الإسلامية ويتركون ما يخالفها[١].

---

(١) يذهب البعض إلى أن بعض المذاهب الفقهية الإسلامية قد تأثرت - دون ريب - بالعرف الذى كان سائداً فى مصر وقت الفتح العربى، وإن كان هذا التأثير لايزال - من الوجهة العلمية - فى حاجة إلى دراسة وتحديد، ويذهب بعض الفقهاء المؤيدين لهذا الرأى، إلى أن الإمام الشافعى - رضى الله عنه - «كانت له آراء معينة قبل قدومه إليها وإقامته فيها». و الدراسة المنهجية للمسائل المختلفة التي عدل الإمام الشافعى عن رأيه السابق فيها بعد قدومه إلى مصر من شأنه أن يلقى ضوءاً على بعض جوانب الحياة القانونية للمصريين فى بداية العصر الإسلامى». دكتور / محمود سلام زنانى: تاريخ القانون المصرى،ص٤٤٨ . دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى ، ص٤٠١ .

الفصل الرابع
التشريعات الصادرة من ولى الأمر

يقصد بولى الأمر فى الفقه الإسلامى «كل من يتولى أمراً من الأمور العامة للأمة نيابة عنها وبتفويض منها»، وعلى ذلك ينصرف هذا التعبير إلى الخليفة ومعاونيه من وزراء وأمراء وقادة للجند وقضاة وعلماء ومجتهدين كل فى حدود أختصاصه[١].

ولما كانت طاعة ولى الأمر واجبة فى الفقه الإسلامى، فقد سلم الفقهاء المسلمون بحق ولى الأمر فى إصدار تشريعات فيما لم يعالجه نص، وذلك تطبيقاً لمبدأ السياسة الشرعية إذ لولى الأمر فى المسائل الإجتماعية -خصوصاً مع تطور الزمن ودواعى الحاجات - سلطة إصدار تشريعات طالما كانت نافعة للناس ومتفقة مع روح الشريعة الإسلامية. فالسياسة الشرعية هى «كل فعل يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولانزل به وحى»[٢]، أى «التصرف فى الشئون العامة للأمة علي وجه المصلحة لها»[٣]. والأصل الشرعى لسلطة ولى الأمر فى التشريع

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، هى ٢١٨ .

(٢) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٠٩ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢١٩ .

هو الآية الكريمة «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعو الرسول وأولى الأمر منكم، فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول»[١]. ومن هنا كان وظيفة هذه الأوامر تكميلية للتشريع الإسلامى، وقد تطورت سلطة ولى الأمر فى هذا المجال خاصة بعد قفل باب الإجتهاد وإنتقال سلطة التشريع - إن جاز لنا إستعمال هذا المصطلح الحديث - من المجتهدين إلى أولياء الأمر وعلى رأسهم الخليفة أو السلطان[٢].

---

(١) سورة النساء، الآية رقم (٥٩) .

(٢) ظلت حرية الاجتهاد سائدة حتى أواخر القرن الرابع الهجرى، وتضافرت عدة أسباب إقتضت قفل باب الإجتهاد. وتم ذلك عن طريق «الإجماع الضمنى»من جانب فقهاء أهل السنة، مما ترتب عليه إلتزام القضاء بالرجوع إلى آراء فقهاء المذاهب الأربعة (الحنفية، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة).وهى المذاهب التي ارتضاها أهل السنة والتى ظلت باقية فى ذلك الوقت بعد إندثار ما عداها من مذاهب.وكان السبب فى قفل باب الاجتهاد هو مرور الدولة الإسلامية بمرحلة من الضعف أدت إلى تفككها إلى دويلات، الأمر الذى إنعكس أثره فى الفقه حيث استكان الفقهاء إلى ما خلفه أئمه المذاهب الكبرى وتلاميذهم من تراث فقهى، ولم يحاولوا الإبتكار والإبداع، لأنهم وجودوا في كتب السابقين من الحلول ما يكفى لمواجهة مايجد فى المجتمع من مشاكل، فلم يظهر فقهاء مجتهدون يدانون مرتبة الأئمة وتلاميذهم. وساعد على ذلك ركودالحياة الإجتماعية والإقتصادية وسيرها على وتيرة واحدة لا تتجدد.ومن ناحية أخرى، تراكمت الآراء والفتاوى المتعارضة وتصدى للإفتاء من هم غير أهل له، وكانت الدولة من الضعف والتفكك بحيث عجزت عن وضع نظام يقصر الفتوى على من هم أهل لها، ولم يجد أهل العلم والفقه من سبيل أمامهم لتجنب فوضى الإفتاء فى وقت عز فيه المجتهدون سوى قفل باب الاجتهاد والالتزام بآراء الأئمة الأربعة وتلاميذهم والتزام القضاة بها. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢١٣ - ٢١٤ ، ص ٢٢١ .

وقد أختلف الفقهاء فى حدود طاعة ولى الأمر ومجالها، ولا خلاف بينهم فى أن طاعته مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة، فمن الأصول المقررة أنه«لاطاعة لمخلوق فـي معصـية الخالق». وتطبيقاً لـذلك لا تجب طاعة ولى الأمر إذا ما خـالف حكماً قطعى الثبـوت وقطعى الدلالة. ولا اخلاف بينهم أيضـاً فى عدم جـواز تصدى ولى الأمـر لأمور العـقيـدة والعبـادة. ولكنهم يختلفون فى مدى جواز طاعتـه فى الأحكام الإجتهادية. ففريق منهم يرفض منح ولى الأمر حق إلزام الناس برأى إجتهـادى معين تأسيساً على أن الحكم الإجتهادى يحتمل الصواب والخطأ، وحمل الناس علي اتباع رأى اجتهادي معين يحول دون اكتشـاف الخطأ ويسد باب الإجتهاد(١). وذهب فـريق ثان إلى أن من حق ولى الأمـر حمل الناس عـلى رأى معين وإلزام القـاضى به، وحجـتهم فى ذلك قوله تعالى: «وأطـيعوا الله وأطيعـوا الرسل وأولي الأمر منكم»، وقد انتصر هذا الرأى بعد قفل باب الأجتهاد(٢).

وفضـلاً عن تقيد سلطة ولى الأمـر فى التشريع وحصـرها فى الأمور الاجتهادية فى المعاملات، فإنه يشترط أن يكون ولى الأمر من المجتهدين كما

---

(١) ونتيـجة لذلك ذهب أنصار هذا الرأى إلى أن توليـة القضاء بشـرط الحكم بمذهب معين تعتبر باطلة، بينما اعـتبرها البعض الآخـر صحيـحة ولكن الشرط فاسـد. وكان هذا هو الدافع للإمام مـالك فى رفض طلب الخليفة المنصـور والرشيد من بعـده فى حمل الناس على مذهبـه. دكتور/ صـوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصـر، الجزء الثانى، العـنصر الإسلامى، ص ١٨٦ .

(٢) ولذلك أباح الفقهاء لولى الأمر أن يحمل النـاس على اتباع رأى فقهى معين فى المسائل الاجتهـادية، ويصبح أمره فى هذه الحـالة واجب الاتباع تأسيسـاً على مبدأ تغيـر المصالح وتبدل الأحكام بتبدل الزمـان. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعـة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٢٢

كان الحال فى صدر الإسلام، فإن لم يكن من المجتهدين فإن أوامره لا يعتد بها إلا بعد أخذ رأى أهل العلم فى الشريعة وموافقتهم. وقد كانت معظم القوانين والأوامر السلطانية تصدر فى العهد العثمانى، ومن قبله فى العهد المملوكى، بناء على فتوى من أهل العلم(١).

وقد أصدر الخلفاء والسلاطين الذين حكموا مصر خلال العصر الإسلامى العديد من التشريعات فى صورة مراسيم، بعضها كانت تخاطب كل أفراد الشعب بدون تفرقة، وبعضها كان يخاطب فئة معينة من فئات الشعب أو سكان إقليم معين. وقد عالجت هذه المراسيم أموراً مختلفة، فهى أحياناً كانت تنظم بعض المسائل الإجتماعية أو الدينية، وأحياناً كانت تنظم بعض المسائل الإدارية والمالية فى الدولة، وأحياناً تنظم بعض العلاقات القانونية بين الدولة والأفراد أو بين الأفراد بعضهم البعض(٢).

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون في مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٨٧ .

(٢) وتتعدد صور التشريعات التى يضعها ولى الأمر، ومن أهم هذه الصور:

أ- التشريع بطريق مباشر فى بعض الأمور، ويتحقق ذلك لولى الأمر فى حالة عدم وجود حكم شرعى فى الكتاب أو السنة ينظم مسألة ما، ويقوم ولى الأمر بإصدار أوامره بتنظيم هذه المسألة، ومثال ذلك إنشاء الدواوين والإدارات المختلفة للإشراف على مرافق الدولة.

ب- التشريع بطريق غير مباشر، ويتم ذلك بتشجيع بعض المذاهب والتشيع لها، أو بتبنى أحد المذاهب أو قول فى المذهب وإلزام الناس به، أو بتخير الأحكام من المذاهب المختلفة وحمل الناس عليها.

دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى ص٦١-٦٢

الباب الثانى
نظم القانون العام
فى العصر الإسلامى

سوف نناقش عبر هذا الباب تاريخ القانون العام فى مصر الإسلامية، سواء فيما يتعلق بنظام الحكم، ونظام الإدارة، والنظام المالى، والتنظيم الإجتماعى للسكان، ونظام القضاء، ونظام التجريم والعقاب. وسوف نفرد فصلاً مستقلاً لمعالجة كل نظام على حدة.

الفصل الأول

فلسفة نظام الحكم في مصر الإسلامية

عندما تمكنت الجيوش العربية بقيادة عمرو بن العاص من طرد الرومان من مصر عم ٦٤١م، أصبحت مصر منذ ذلك التاريخ ولاية تابعة للدولة العربية الإسلامية، وقد طبق الولاة المسلمون على المصريين ما كان مطبقاً علي غيرهم – من سكان الولايات الأخرى التي تم فتحها – من نظم قانونية.

وقد تأرجح لوضع السياسى فى مصر بين التبعية للخلافة الإسلامية وبين استقلالها. فقد بقيت مصر ولاية من ولايات الدولة الإسلامية يحكمها الخلفاء بواسطة ولاة يرسلونهم إليها، وذلك طوال عهد الخلفاء الراشدين والعصر الأموى والنصف الأول تقريباً من العصر العباسي. وعندما أخذت الدولة العربية الإسلامية فى الضعف، إتجه حكام مصر بالإستقلال عن الخلافة، فاستقل أحمد بن طولون بحكمها بعد قيامه بتحويل الولاية إلى إمارة عام ٢٥٤هـ – ٨٦٨م، وقد استمرت الدولة الطولونية حتى سنة ٢٩٣هـ - ٩٠٥م. ثم تكررت محاولة الإستقلال فى ظل حكم محمد الاخشيد عام ٣٢٣هـ - ٩٣٥م، وقد استمرت الدولة الاخشيدية فى الحكم حتى عام ٩٦٧م. ثم تنشأ الدولة الفاطمية فى المغرب،

وتقوم بالاستيلاء على مصر عام ٩٦٩م واتخذ خلفاؤها من القاهرة عاصمة للخلافة الفاطمية، وقد استمرت هذه الدولة حتى عام ١١٧١م عندما أسس صلاح الدين الدولة الأيوبية على أنقاضها. وقد استمرت الدولة الأيوبية والتى كانت تخضع خضوعاً رسمياً للخلافة العباسية فى حكم مصر حتى عام ١٢٥٠م، عندما تمكن أحد أمراء المماليك من قتل آخر السلاطين الأيوبيين «توران شاه». وقد استمرت دولة المماليك فى الحكم حتى عام ١٥١٧م ، حيث سقطت أمام زحف الجيش العثمانى بقيادة السلطان «سليم الأول» ، وقد تم القضاء على دولة المماليك بمقتل آخر سلاطينهم «طومان باى» شنقاً على باب «زويلة» أحد أبواب القاهرة القديمة. ومنذ هذا التاريخ أصبحت مصر ولاية عثمانية تخضع للسلطان العثمانى فى «الأستانة» والذى حمل لقب «خليفة المسلمين» فيما بعد. ويظل الحال كذلك حتى اعتلاء «محمد على» حكم مصر عام ١٨٠٥م ، لتبدأ حقبة جديدة فى تاريخ مصر يطلق عليها اسم «العصر الحديث» .

وبذلك تقلبت الأمور بنظام الحكم فى مصر، حيث خضعت للخلافة الإسلامية فى بعض الأحيان، وفى أحيان أخرى أصبحت إمارة أو سلطنة مستقلة. وعلى ذلك فسوف نقوم بدراسة نظام الحكم فى مصر خلال خضوعها للخلافة الإسلامية وخلال فترات الإستقلال، على أن نسبق ذلك بدراسة لمفهوم نظام الخلافة فى الإسلام.

المبحث الأول

مفهوم نظام الخلافة فى الإسلام

لم يتضمن الكتاب ولا السنة تنظيماً تفصيلياً لنظام الحكم فى الإسلام، واقتصر الأمر على بعض المبادىء العامة حول أساس الحكم مثل الشورى والعدل.. إلخ[١]. ولذلك كان موضوع نظام الحكم من الموضوعات الاجتهادية التي اختلف الرأى فى شأنها من زمان إلى زمان ومن مذهب إلى مذهب، وقد بنى العلماء نظرياتهم فى الخلافة على ماورد فى الكتاب والسنة من مبادىء وما جرى عليه العمل فى عهد الخلفاء الراشدين، وقيدوا أنفسهم بالسوابق التي حدثت فى عهد الخلفاء الراشدين بالرغم من أن هذه السوابق ظهرت فى مجتمع صغير قليل العدد وأصبحت لا تناسب الدولة الإسلامية العالمية، واعتبروا خلافة الراشدين «الصورة المثلي لنظام الحكم»، أما ما حدث بعد ذلك من تطورات فقد اعتبروه استثناء لا يهدم الصورة المثالية التي رسموها للخلافة، وقبلوه نزولاً على الأمر الواقع وامتثالاً للضرورة التى تقضى بتحمل أهون الضررين: ضرر الخلافة على غير صورتها المثالية وضرر إلغائها، ولذلك أسموا نظام الخلافة بعد عهد

---

(١) أول من كتب فى نظام الحكم هم علماء الكلام من الشيعة، وعالجوه تحت باب «الإمامة» فى علم الكلام، وهم الذين حددوا مضمون الإمامة واصطلاحاتها الفنية، وسار علماء المذاهب والفرق الأخرى على نهجهم. ولم تعالج الإمامة فى كتب الفقه على يد فقهاء السنة إلا منذ أواخر القرن الثانى الهجرى.

الراشدين «خلافة الضرورة»[١]. وقد تعددت تعاريف الخلافة، وهى تدور كلها حول معنى واحد هو: «خلافة الرسول فى حراسة الدين وسياسة الدنيا»[٢].

---

(١) «يستطيع المتتبع لنظام الخلافة فى نشأته وتطوره أن يميز بين ثلاثة أدوار: أولها فى عصر الخلفاء الراشدين، وثانيها فى عصر الدولتين الأموية والعباسية، وثالثها في عصر الدولة العثمانية. وتميز عصر الراشدين بقيام الخلافة على أساس الشورى، وتحققت فى الخلفاء كل شروط الخلافة، ولذلك وصفت بأنها الخلافة الكاملة. وفى عصر الدولتين الأموية والعباسية قام نظام الحكم على الوراثة، واختلطت الخلافة بالملكية والملكية بالخلافة، ولكنها احتفظت من حيث الشكل بنظام البيعة رغم ما شاب البيعة من إكراه فى أكثر الأحيان، كما حدثت تجاوزات فى الشروط الواجب توافرها فى الخليفة. أما الدور الثالث فيتميز بتحول الخلافة إلى ملكية مطلقة مستبدة، وابتعاد الحكم عن شكله الإسلامى، بل وعن جوهره أيضاً. ولكنها ظلت مقبولة باعتبارها أخف الضررين، وتحت رايتها احتفظ العالم الإسلامى بوحدته». دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٩٩ .

(٢) الماوردى: الأحكام السلطانية، القاهرة ١٣٢٧هـ ص٣ .

«يظهر من تعاريف الفقهاء أنهم يعتبرون الخليفة قائماً مقام النبى فى رئاسته الدولية، ناظرين فى ذلك إلى أن النبي - ﷺ - كان له وظيفتان: وظيفة التبليغ عن الله، ووظيفة القيام على أمر الله وسياسة الدنيا به. فلما توفى الرسول إنتهت وظيفة التبليغ، وبقيت الوظيفة الأخرى، فوجب أن يقوم بأدائها من يستطيع القيام بأعبائها، ولأنه يخلف الرسول- ﷺ- فى هذا الأمر سمى بالخليفة». عبد القادر عوده: الإسلام وأوضاعنا السياسية، طبعة ١٩٥٠، الناشر دار الكتاب العربى، ص ٩٣ .

ويكاد ينعقد إجماع علماء المسلمين بجميع فرقهم على وجوب الخلافة[١]، والمقصود بالوجوب هو تحديد المرتبة التي تقع فيها الخلافة من المراتب الخمس للحكم الشرعي: الوجوب، الندب ، الإباحة، الكراهة، التحريم.فأهل السنة يعتبرون الخلافة أصلاً من أصول الإسلام، ويدخلونها في فروض الكفاية[٢]، والقول بوجوبها وإعتبارها ضمن فروض الكفاية يعنى أن مسئولية إقامتها تقع على مجموع الأمة، ويكفى فى ذلك أن يقوم بها بعضهم. أما الشيعة فيعتبرونها ركناً فى الدين، وعدم إقامتها ينحدر بالناس إلي مرتبة الكفر[٣].

---

(١) لم يشذ عن ذلك الإجماع سوى النجدات - إحدى فرق الخوارج - وأبو بكر الأصم من المعتزله، فقالوا بجوازها. فهى تدخل عندهم فى مرتبة الإباحة، ومن ثم كان للأمة -حسب ظروفها - أن تقيمها أو تهملها بلا أدنى مسئولية. فالخلافة عندهم ليست أصلاً من أصول الإسلام - خلافاً لرأى أهل السنة - كما أنها ليست ركناً فى الدين - خلافاً للشيعة - بل هى من المصالح العامة المفوضة للأمة، وأن إقامتها ليست من الأمور التى يفرضها الإسلام. دكتور / صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ١٠٧ .

(٢) يميز الفقهاء بين ما هو فرض كفاية وما هو فرض عين: فـفرض العين يقع عي عاتق كل مسلم بصفة فردية، ومن ذلك الصلاة والزكاه.. إلخ . أما فرض الكفاية فيقع على عاتق الأمة منظوراً إليها ككل، فإذا قام به بعض أفرادها سقط التكليف عن الآخرين، وإن لم يقم به أحد أثمت الأمة كلها، ومن ذلك الجهاد ورد التحيةوطلب العلم.

(٣) أنظر فى تفصيلات الأدلة التى استند عليها القائلين بوجوب الخلافه : الأستاذ/ محمد ضياء الدين الريس: النظريات السياسية الإسلامية، طبعة ١٩٥٢، الناشر مكتبة =

ومنزلة الخليفة من الأمة كمنزلة الرسول من المسلمين، له عليهم الولاية العامة والطاعة التامة، وله حق القيام على دينهم ودنياهم، وبيده وحده زمام الأمة. فكل ولاية مستمدة منه، فهو الحاكم الزمنى وهو الحاكم الروحى للمسلمين، أى أن الخليفة يجمع بين السلطتين الزمنية والدينية. ولذلك كان يلقب بألقاب ثلاث لها دلالتها: الخليفة ، أمير المؤمنين، الإمام . ولقب أمير المؤمنين يشير إلي السلطة الزمنية، أما لقب الإمام فتتمثل فيه الصفة الدينية من حيث الإمامة فى الصلاة لما تدل عليه من صفة الزعامة، وإمارة الحج والخطبة فى أيام الجمع والأعياد وغير هذا من الشئون الدينية. ولا يعنى شمول ولاية الخليفة للشئون الدينية والدنيوية أن الخليفة ذو صلة إلهية أو يستمد سلطانه من الله، فهو فرد من المسلمين وثقوا بكفايته لحراسة الدين وسياسة الدنيا فبايعوه على أن يقوم برعاية مصالحهم وله عليهم حق

= الأنجلو المصرية ، ص ١٠٨ وما بعدها.

وقد ذهب الأستاذ/ على عبد الرازق فى مؤلفه «الإسلام وأصول الحكم» القاهرة١٩٢٥، ص ٤٨ وما بعدها إلي أن الخلافة أو الإمامة الكبرى ليس لها أساس من الدين، بل هى ضد الدين ومخالفة لمبادئه. وهو بذلك ينكر الإمامة تماماً، ويؤسس رأيه على أن:الإسلام ليس إلا عقيدة فردية روحية، وأنه لا صلة له إذن بالدنيا ولا بالسياسة ولا بالإجتماع. كما أن رسالة النبى ﷺ قد انتهت بموته، وكذلك زعامته، فليس لأحد أن يخلفه لا فى رسالته ولا فى زعامته (ص٩٠). والحقيقة - كما يرى جانب من الفقه - أن هذا الرأى إنفرد به صاحبه وحده دون أمة الإسلام جميعاً، فلم يقل به أحد من أهل الإسلام على اختلاف فرقهم ومذاهبهم وينبغى ألا يتم خلط هذا الرأى مع من ذهبوا بجواز الإمامة. أنظر فى تفصيل الرد على هذا الرأى: الأستاذ/ محمد ضياء الدين الريس: النظريات السياسية الإسلامية، ص ١٢٨ وما بعدها.

السمع والطاعة، وسلطانه مكتسب من بيعتهم له وثقتهم به[١].

وتتميز الخلافة الإسلامية - فى هذا الصدد - بالخصائص الثلاث الآتية: أن اختصاصات الخليفة عامة وتقوم على التكامل بين الشئون الدينية والشئون الدنيوية، وأن الخليفة ملزم بتنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية، وأن الخلافة تقوم على وحدة العالم الإسلامى[٢].

اختيار الخليفة:

لم يعين الرسول - ﷺ - خلفاً له من أصحابه، ولم يبين قبل وفاته أسلوب اختيار هذا الخلف، بل ترك هذا الأمر للمسلمين شورى بينهم يباشرونه حسب مقتضيات الأحوال. ويتبين من طريق إختيار الخلفاء الراشدين أن إختيار الخليفة كان يتم إما عن طريق البيعة أى إختيار أهل الحل والعقد ومبايعة الأمة، وإما عن طريق الاستخلاف أى عهد من الإمام السابق بعد مشاورة أهل الحل والعقد وموافقتهم ومبايعة الأمة بعد ذلك.

والبيعة تتم باختيار الخليفة من قبل هيئة خاصة يطلق عليها أهل الشورى أو أهل الاختيار أو أهل الحل والعقد، ثم يعرض الأمر بعد ذلك على جمهور المسلمين للموافقة على هذ الاختيار[٣]. وهكذا فإن تعيين

---

(١) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى»، طبعة ١٩٧٧ / ١٩٧٨ ، ص ٣٤٧ .

(٢) دكتور/ عبد الرزاق السنهورى: فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، ترجمة الدكتوره/ نادية عبد الرزاق السنهورى، ومراجعة وتقديم وتعليق الدكتور/توفيق الشاوى، الطبعة الثانية ١٩٩٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٦٥ .

(٣) تتشابه البيعة فى ذلك مع نظام الاستفتاء العام فى النظم الدستورية المعاصرة .

الخليفة فى هذه الحالة يتم على مرحلتين: البيعة الخاصة، وفيها يقوم أهل الحل والعقد بترشيح الخليفة ومبايعته. والبيعة العامة، وفيها يعرض هذا الترشيح على جمهور المسلمين للموافقة عليه وإقراره. وقد اتبع هذا الإسلوب فى اختيار أبو بكر الصديق وعلي بن أبى طالب للخلافة.

والإستخلاف يعنى أن يوصى الخليفة بأن يتولى الخلافة من بعده شخصٌ بعينه أو واحداً من أشخاص يحددهم(١). والسند الشرعى لتلك الطريقة فى الاختيار هو إجماع الأمة على جوازه بإقرارها عهد أبو بكر الصديق إلى عمر بن الخطاب - رضى الله عنها - بإمارة المسلمين(٢). وكذلك طريقة عمر بن الخطاب فى ترشيح خلفه(٣).

---

(١) يعلل «ابن خلدون» هذا الأسلوب فى اختيار الخليفة بأن «حقيقة الإمامه النظر في مصالح الأمة لدينهم ودينهم: فهو وليهم والأمين عليهم، ينظر لهم ذلك فى حياته ويتبع لهم ذلك أن ينظر بعد مماته، ويقيم لهم من يتولى أمورهم كما كان يتولاها، ويثقون بنظره لهم فى ذلك كما وثقوا به فيما قبل». المقدمة، ص ١٨١ .

(٢) يشير جانب من الفقه - بحق - إلي أن أبا بكر قد أختار للخلافة شخصاً أجمع الناس على إحترامه، ولم يخص بترشيحه أحداً من أبنائه أو أقاربه. ومن ناحية أخرى فإن أبا بكر لم ينفرد بالرأى فى ترشيحه لعمر بن الخطاب، بل إستشار عدداً من الصحابة قبل ترشيحه إياه، كما أنه علق خلافة عمر على رضاء الناس.

(٣) تعد الطريقة التى اتبعها عمر بن الخطاب فى ترشيح خلفه أقرب إلى الشورى من طريقه أبى بكر الصديق فى ترشيح عمر بن الخطاب، فقد رشح عمر بن الخطاب سته من الصحابة وهم: على بن أبى طالب، عبد الرحمن بن عوف، عثمان بن عفان، طلحة بن عبد الله،، الزبير بن العوام، سعد بن أبي وقاص. وترك لهم الأمر على أن يختاروا واحداً من بينهم. دكتور/ مصطفى سيد أحمد صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر «من العصر الفرعونى حتى العصر الإسلامى»، ص ٣٥٦ وما بعدها.

ويتضح من طريقة تولية الخلفاء الراشدين الأربعة للخلافة أنها لم تكن على طريقة واحدة، ومن ثم فإنه يمكن القول أنها لم تكن تطبيقاً لنظرية محددة وإنما كانت خاضعة لمنطق الظروف المعاصرة[١]. وأنها على الرغم من اختلافها كانت قائمة على أساس مبدأ الشورى الذى وضعه الإسلام كأساس لنظام الحكم، ولم تقم على مبدأ الوراثة لأنه لم تراع القرابة فى الاختيار، كما أنها كانت قائمة على الانتخاب حيث أن التعيين في منصب الخليفة لا يتم إلا بالبيعة.

أما فى عصر الدولة الأموية فقد تحولت الخلافة إلى نظام ملكى إستبدادى، إذ أصبح الخلفاء يتولون الخلافة عن طريق الميراث، كما أصبحت البيعة صورية بعد أن كنت حقيقية، باستثناء تولية «عمر بن عبد العزيز» للخلافة، حيث بايعه المسلمون فى المسجد مبايعة حقيقية، والذى التزم بأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك أطلق عليه لقب «خامس الخلفاء الراشدين». وفى عصر الدولة العباسية استمرت الخلافة أيضاً وراثية، كما كان الشأن فى الدولة الأموية، وبالتالى كان الخليفة يتولى منصبه عن طريق الميراث. وفى الدولة الفاطمية قامت الخلافة أيضاً على أساس مبدأ الميراث، وذلك وفقاً للقاعدة التى وضعها المذهب الشيعى الذى كان سائداً فى مصر خلال العصر الفاطمى، وهى أن للإمام الحالى أن يحدد من سيخلفه من ذريته فى الخلافة، وذلك دون أن يكون لعامة المسلمين أى دور فى هذا الإختيار[٢]. وفى الدولة العثمانية قامت الخلافة أيضاً على أساس

(١) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ٤٥٤ .

(٢) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، هى ٣٧٩ .

مبدأ الميراث وليس على أساس مبدأ الشورى. ويمكن القول بأن التطبيق الحقيقى للنظرية الإسلامية فى الخلافة كانت فى عصر الخلفاء الراشدين، إذ كانت الخلافة تقوم على أساس مبدأ الشورى الذى يعد أساس الحكم فى الإسلام[1].

وقد صور الفقهاء العلاقة بين الخليفة والأمة على أنها علاقة تعاقدية، مثلها فى ذلك مثل أى عقد من العقود، وأشبهوها بعقد البيع، ولذلك أطلقوا عليها تعبير «بيعة» اشتقاقاً من البيع، وعقد البيعة ينعقد بين الأمة والخليفة بعد البيعة العامة[2].

الشروط الواجب توافرها فى أهل الحل والعقد:

يشترط فيمن يقوم بعملية الترشيح أو البيعة الخاصة ثلاثة شروط: العدالة الجامعة لشروطها (يقصد بذلك الاستقامة والأمانة)، الرأى والحكمة المؤديان إلى إختيار الأصلح للخلافة، العلم الذى يتوصل به إلى معرفة مستحق الخلافة. ومن جماع هذه الشروط يتحقق فى أهل الحل والعقد صفة القيادة بين الناس، بحيث يطيعونهم وينصاعون لرأيهم. ولا يقتصر دور أهل الحل والعقد على اختيار الخليفة، بل أنهم مسئولون عن رقابته فى

---

(١) دكتور/ محمدجمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٨٥ .

(٢) يعد عقد البيعة عقداً حقيقياً وليس عقداً تصورياً كما هو الحال فى العقد الإجتماعى -السائد فى الفقه الدستورى الحديث - الذى ابتكره الفيلسوف الفرنسى «روسو» فى أواخر القرن الثامن عشر كأساس لنشأة الدولة وسند السلطة فيها. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ١٠٨ .

تنفيذ واجباته كخليفة، فإن حاد عنها وقع عليهم عبء تقويمه واستبداله[١].

الشروط الواجب توافرها فى الخليفة:

اتفق الفقهاء على ضرورة توافر شروط معينة فيمن يتولى الخلافة، وهى شروط منطقية ولازمة لقيام الخليفة بأعباء المنصب. وقد أجملها «إبن خلدون» فى أربعة شروط هى: العلم، العدالة، سلامة الحواس ، الكفاية[٢].

---

(١) اصطلاح أهل الحل والعقد من أكثر الأمور غموضاً وإبهاماً فى الفقه الإسلامى. فالفقهاء لم يحددوا بطريقة واضحة قاطعة الطوائف والهيئات التى ينتمى إليها أهل الحل والعقد، وإن كان بعضهم حاول تحديدهم بتعداد طوائفهم فقال: «هم العلماء والرؤساء ووجوه الناس الذين يتيسر اجتماعهم». ونتيجة لغموض هذا التعبير إختلف الفقهاء فى الطريقة التي يتم بها اختيار أهل الحل والعقد، كما اختلفوا فى عددهم وفى الطريقة التي يعبرون بها عن رأيهم هل التعبير الصريح أم أن السكوت يعتبر موافقة. ويزيد من صعوبة الأمر أن السوابق التاريخية لا تسير على نسق واحد، مما يؤكد أن كل ذلك متروك لظروف المجتمع. ولذلك يجب ألا نخلط بين تعبير «أهل الحل والعقد» والتعبيرات الحديثة فى الفقه الدستورى الحديث، فهم لايكونون برلماناً ولا هيئة إستشارية لها صفة الدوام، كما لا نستطيع القول بأنهم منتخبون حيث أن بعضهم اكتسب هذه الصفه نتيجة لتعيينه فى أحد المناصب الكبرى كالإمارة أو قيادة الجيش، وبعضهم اكتسبها لما اشتهر به بين الناس كالعلماء ووجوه القوم...إلخ. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ١٠٩ .

(٢) ثار خلاف بين الفقهاء حول شرط خامس وهو «النسب القرشى»، فالخوارج لا يشترطون هذا الشرط، فكل مسلم ولو كان أعجمياً يستطيع شغل هذا المنصب. والشيعة يحصرون الخلافة فى الإمام على وذريته. أما أهل السنة فاشترطوا أن يكون الخليفة من قريش غير أن بعض المتأخرين يرى أن هذا الشرط لم يعد له محل بعد أن فقدت =

فالعلم يقصد به العلم بالأحكام الشرعية، وهذا لايتحقق إلا إذا كان من أهل الاجتهاد[١]. وكذلك العلم بالأمور السياسية والحربية والإدارية، حتى يستطيع تنفيذ أحكام الشريعة ويحسن تدبير أمور الأمة.

والعدالة تعتبر شرطاً فى كل الولايات (الوظائف)، ويقصد بها أن يكون «صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً المآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً فى الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله فى دينه ودنياه»[٢]. وعلل الفقهاء ذلك بأن الخلافة هى أكبر مناصب الدولة، والخليفة ينظر فى سائر المناصب التى تشترط العدالة فى كل منها، فيكون من الأولى اشتراطها فيه.

أما سلامة الحواس والأعضاء فلكى يستطيع مباشرة أعمال الخلافة بشكل كامل.

والكفاية تعنى أن يكون من أهل الولاية العامة، وأن يكون قادراً على إدارة شئون الدولة. وعناصر الولاية العامه هى: الإسلام ، الحرية، الذكورة، العقل[٣].

= قريش ماكانت تتمتع به فى العهود الأولى للدولة الإسلامية من تميز وغلبة بين سائر العرب. دكتور/ صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص١١٢ .

(١) جرى العمل منذ الدولة الأموية على عدم التدقيق فى شرط الاجتهاد، فأكثر الخلفاء -بعد الخلفاء الراشدين - لم يكونوا من المجتهدين.

(٢) الماوردى: الأحكام السلطانية ، ص٦٦ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب. تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ١١١

سلطات الخليفة:

حدد الفقهاء وظيفة الدولة تحت ما أسموه «فروض الكفاية» سواء منها ما تعلق بأمور الدين أم بالأمور الدنيوية. وبالنظر إلى أن هذه الفروض تمثل واجبات عامة يعجز الفرد وحده عن النهوض بها فإنها تحتاج إلى تدبير وتنظيم على مستوى الأمة كلها، مما يقتضى إقامة سلطة عامة تملك الأمر والنهى والتوجيه. ومن هنا اعتبر الفقهاء الخلافة «الأصل الجامع لكل الولايات»، ووضعوها على رأس فروض الكفاية وناطوا بالخليفة تنفيذ هذه الفروض، واعتبروها واجبات الخليفة باعتباره وكيلاً عن الأمة. ومن هذه الواجبات ما يدخل فى أمور الدين، ومنها مايدخل فى الأمور الدنيوية أى السياسة[(١)]. وبذلك فقد جمع الخليفة بين يديه السلطات الدينية والدنيوية، أى السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، بالإضافة إلي الرئاسة الدينية.

فالخليفة هو صاحب السلطة الدينية الأولى فى البلاد، فهو الرئيس الدينى للمسلمين، فهو بدون شك قد خلف الرسول -صلى الله عليه وسلم - فى الزعامة الدينية. ومن الواجبات المنوطةبه فى هذ الصدد حفظ الدين، وإقامة القضاء فى الخصومات وتنفيذ الحدود، وجباية الأموال والصدقات وصرفها في وجوهها الشرعية. وفى مجال السلطة الدينية للخليفة، فإنه لايملك أية سلطة روحية كما هو الشأن فى المذهب الكاثوليكى المسيحى، وإنما يملك فقط سلطة تنفيذية كما هو الحال فى المجال السياسى وتتمثل هذه السلطة التنفيذية في حفظ الدين وتنفيذ أحكامه[(٢)].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ١١٠ .

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٨٤ .

وبالنسبة للسلطة التشريعية فمن المسلم فى الفقه الإسلامى أن ولى الأمر- سواء كان خليفة أو والياً أو قاضياً .. إلخ - لايملك التشريع بل يلتزم أحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعداها مثله فى ذلك مثل المحكومين(١). وكان الخليفة - بوصفه من المجتهدين - يستطيع فيما لم يرد بشأنه نص أن يبين الحكم الشرعى فيه. كذلك أجاز جمهور الفقهاء لولى الأمر التشريع فيما لم يرد فيه نص عملاً بمبدأ معروف في الفقه الإسلامى باسم «السياسة الشرعية»، بشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة.

وبالنسبة للسلطة القضائية فقد كانت فى قبضة الخليفة تماماً، فكان له الحق فى أن يتولى القضاء بنفسه باعتباره أصلاً صاحب السلطة القضائية، كما كان له أن يعهد بالقضاء إلي غيره. وباعتبار الخليفة على رأس السلطة القضائية، فقد كان يتولى اختيار القضاة وتعيينهم سواء فى عاصمة الدولة أو فى الولايات التابعة للخلافة، كما كان له حق الإشراف على أدائهم لمهامهم المنوطة بهم على أكمل وجه، كما كان له الحق فى عزلهم فى أى وقت يشاء باعتبارهم مجرد نواب عنه فى الوظيفة القضائية(٢).

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢١٨ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص ٢٣٦ .

وأخيراً كان الخليفة هو صاحب السلطة التنفيذية فى الدولة الإسلامية، واستناداً إلى تلك السلطة كان الخليفة يتولى إدرة شئون الدولة وتنظيم المصالح والدواوين المختلفة، كما كان يقوم بعقد المعاهدات أو إعلان الحرب أو إبرام الصلح وإرسال السفارات إلي البلاد المختلفة واستقبال المبعوثين الأجانب(١). ومن البديهى أن أعمال السلطة التنفيذية لم يكن يتولاها الخليفة بمفرده، بل كان يعاونه فيها ولاة الأقاليم وقادة الجيش وجباة الضرائب وغيرهم من رجال الدولة وعمالها. وكان الخليفة هو الذى يقوم بتعيين الولاة فى الأقاليم ويقوم بمتابعتهم فى أدائهم لوظائفهم، كما أنه هو الذى يعزلهم ويحاسبهم على أخطائهم(٢).

ضوابط سلطة الخليفة:

كان الخليفة يجمع بين يديه جميع السلطات الدينية والزمنية، وأنه كان يفوض من يرى فى بعض وظائفه، بيد أن ذلك لم يكن يعنى أنه صاحب سلطات مطلقة لا تحدها أية حدود ولا تضبطها أى ضوبط، فهناك عده ضوابط تضع العلاقة بين الحاكم والمحكوم فى إطارها الصحيح، ويمكن إجمالها فيما يلى:

١ - الشورى: فطبيعة نظام الحكم الذى يقره الإسلام أن يكون نظاماً شورياً، فالشورى فى الفقه الإسلامى تعد نظاماً إجتماعياً وأساساً

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية، العصرين الرومانى والإسلامى»، ص ٢٥٩ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٥٣ .

للعمل السياسى، حيث أن نظام الحكم يجب أن يقوم على الرضا والاختيار لا على القهر والتسلط[١]. وقد أوجب الله سبحانه وتعالى الشورى على الأمة فى آيتين ورد فيهما النص صريحاً على وجوب اتباع هذا المبدأ، فالنص الأول جاء فى صورة أمر للرسول - صلى الله عليه وسلم - فمن باب أولى تكون أمته مأمورة به «وشاورهم فى الأمر»[٢]، والنص الثانى يبين أن من صفات المؤمنين الأساسية أنهم يتصرفون فى الأمور بالتفاهم والمشاركة «وأمرهم شورى بينهم»[٣]. أما السنه العمليه فمليئة بالشواهد التي تدل على أن الرسول - ﷺ - وكان دائم التشاور مع أصحابه، يكره الاستبداد بالرأى. [٤]. ومما لاشك فيه أن نظام الشورى هو أكبر دليل على الديمقراطية فى الإسلام، فلا استبداد برأى، وليس ثمة حكم فرد واحد، يفعل ما يراه حسب مايشاء ويهوى، وإنما الحكم إن كان فردياً، فإنه لابد أن يستنير ويخضع لآراء العلماء والفقهاء وذوى الخبرة فى أى مجال من مجالات الحياة[٥].

---

(١) دكتور/ محمد محسوب: نشأة نظام الحكم الشوري بمدينة يثرب، طبعه ١٩٩٩، الناشر دار النهضة العربية، ص ٩ .

(٢) سورة آل عمران، الآية رقم ١٥٩ .

(٣) سورة الشورى، الآية رقم ٣٨ .

(٤) الأستاذ/ محمد ضياء الدين الريس: النظريات السياسية الإسلامية، ص ٢٢٤ .

(٥) دكتور/ مصطفى سيد أحمد صقر: نظرية الحقوق والحريات العامة فى الفكر الفلسفى الإسلامى، ص ١٨٧ .

٢- العدل: العدل فى الإسلام لايقتصر على تلك التى تتصل بميدان القضاء فحسب، إنما هى تلك التى تشمل مختلف صور العدالة فى مختلف ميادين الحكم والإدارة. فالعدل فى الإسلام مطلق وعام وشامل، فهو العدل المثالى بين الناس جميعاً، فالعدل أساس المجتمع الصالح والحكم الرشيد(١). ويقصد به في ضوء ذلك المفهوم اتخاذ التصرفات التي تهتم برفاهية المحكومين وإسعادهم، وتعمل على تحقيق مصالح الدولة الإسلامية بعيدة عن الأهواء الشخصية. وقد ورد ضابط العدل فى أكثر من موضع فى القرآن الكريم وكذلك فى الأحاديث النبوية الشريفة، وقد سار الرسول- ﷺ - على هذا المبدأ فى العمل، كما سار عليه من بعده الخلفاء الراشدين(٢).

٣- الحرية : كفل الإسلام للشعب المحكوم حقوقه الأساسية وفرض على الخليفة احترامها. فقد قدس الإسلام الحرية وجعل منها أساساً لتلك الرابطة التي تربط الحاكم بالمحكوم، فقد كفل الإسلام للمحكومين حرية الرأى، فقد روى عن الرسول- صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر». كما كفل أيضاً حرية العقيدة وكذلك حرية التملك(٣). فلا خلاف بين

---

(١) دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى ، ص ٣٧٣ .

(٢) الدليل على ذلك قول أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - عند توليته الخلافة: «لقد وليت عليكم ولست بخيركم، الضعيف فيكم قوى عندى حتى آخذ الحق له، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه».

(٣) دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى، ص ٣٧٥ .

فلاسفة الإسلام أن حرية الفكر والرأى تعد أساسًا لوجود الدولة الصالحة، ذلك أنه بدون الفكر والنظر والتأمل لايكون هناك فقه ولا علم، وبدون العلم لا تكون هناك سياسة، وبدون السياسة تختل أمور الدين والدنيا[١].

٤- مسئولية الخليفة : إن الخليفة باعتباره رئيساً للدولة الإسلامية يعد مسئولاً أمام الله وأمام الشعب. فولاية أمر المسلمين يعتبر فى الإسلام «أمانة» يتعين أدؤها على الوجه الأكمل. ولما كان الخليفة لا يعمل بمفرده وإنما يعاونه فى ذلك أعوان مباشرون يحيطون به، وأعوان آخرين يوفدهم إلي الأقاليم[٢]، فإن الخليفة يكون مسئولاً أيضاً عن أعمال هؤلاء الأعوان وتصرفاتهم، لهذا السبب كان عليه أن يحسن اختيارهم وأن يجعل لذلك معياراً موضوعياً بعيداً عن أهوائه الشخصية وعلاقاته الأسرية الخاصة[٣].

عزل الخليفة:

تولد البيعة إلتزامات متبادلة بين المسلمين جميعهم والخليفة الذى تم اختياره، فالمسلمين يقع على عاتقهم الالتزام بالطاعة والنصرة [٤]، والخليفة

(١) دكتور/ مصطفى سيد أحمد صقر: نظرية الحقوق والحريات العامة فى الفكر الفلسفى الإسلامى، ص ١٨٢ .

(٢) موريس جود فروا ديمومبين: النظم الإسلامية، تعريب صالح الشماع وفيصل السامر، طبعة ١٩٥٢ ، ص ١٤٩ .

(٣) دكتور فتحى المرصفاوى فلسفة نظم القانون المصرى، ص ٢٣٨

(٤) تقتضى «طاعة» الخليفة عدم جواز مخالفته ولا الخروج عليه. ويسمى الفقهاء الخروج =

يقع على عاتقه الالتزام بالعمل والسير وفق أحكام الشريعة الإسلامية وعلى ذلك فطاعة ولى الأمر ونصرته مقيدة بنهوضه بواجباته وفق أحكام الشريعة، فالأمة الإسلامية رقيبة على تصرفات الخليفة ومن حقها أن تفسخ عقد البيعة إذا فقد الخليفة شرطاً من شروط انعقادها ، لأنها شروط انعقاد وشروط استدامة ، فالجهة التي لها حق إنشاء العقد لها حق فسخه إذا وجدت الأسباب لذلك. وعلى ذلك فحق الخليفة فى الطاعة يسقط إذا قام به عجزاً كأن طرأ على بدنه نقص فى الحواس أو الأعضاء مما يؤثر على الرأى فى العمل ، وكذلك إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية فى نهوضه بواجباته أو فى سلوكه وتصرفاته فجار وظلم أو ظهر عدم كفاية فى إدارة شئون الدولة أدى إلى اختلال أمور المجتمع أو تهاون فى تطبيق شريعة الله مما أدى إلى انتكاس أمور الدين......إلخ. والفقهاء مجمعون على وجوب تقويم مثل هذا الإمام سواء بنصحه أو بإقامة الحد عليه تبعاً لجسامة الفعل الذى أتاه أو عزله إذا قام به سبب من أسباب العزل.

= على ولى الأمر باسم «البغى»، ويعرفونه بأنه: «الخروج على الإمام الحق بدون حق». وحق الخليفة فى «النصرة» تقتضى تأييده ومعاضدته بالقول والفعل، وهى تكون بالقول بإسداء النصيحة له، وتكون النصرة بالفعل بالوقوف بجانبه ومساندته في مقاومة البغاة والضرب على أيديهم بل وقتالهم إذا لم يكن هناك سبيل لدفعهم غير ذلك إعمالا للحديث الشريف «من أتاكم وأمركم جميع يريد أن يفرق جماعتكم فاضربوه بالسيف، أو فاقتلوه». وقد أساء كثير من خلفاء بنى أمية والعباسيون من بعدهم وسلاطين آل عثمان استخدام حق مقاتلة البغاة وبالغوا فى تعقب خصومهم السياسيين، مثل ما حدث في مذبحة كربلاء وغيرهم. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، ص ١١٣ .

وإذا رأت الأمة عزل الخليفة، ورفض الخليفة المخلوع الانصياع إلى رأى الأمة وظل فى مكانه رغماً عنهم فإن الفقهاء إنقسموا إلى فريقين: ذهب الفريق الأول (الخوارج والمعتزلة والزيدية) إلى وجوب الخروج عليه والثورة ضده، ويعرف هذا الفريق بمذهب «سل السيف». وذهب جمهور الفقهاء إلى التمسك بالصبر مع استمرار النصيحة، ومنعوا الخروج عليه، وذلك تأسيساً علي حالة الضرورة دفعاً للفتن وسفك الدماء من ناحية ومنعاً لانتشار الفوضى إذا ما أعلن بطلان الخلافة مع العجز عن استبدال الخليفة، ويطلق علي هذا المذهب «مذهب الصبر». وبالرغم من رفضهم للثورة على الإمام الجائر إلا أنهم لا يعتبرون الخروج عليه بغياً، فإذا ما نجحت الثورة إعترفوا بخلافة من خلفه إذ كان مستوفياً لشرائطها[1].

أعوان الخليفة:

إذا كان الخليفة هو صاحب السلطات الثلاث (السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية) فى الدولة الإسلامية، فإنه من الناحية العملية لم يكن يمارس هذه السلطات بمفرده، وإنما كان يستعين بأعوان له يساعدونه فى الحكم[2]. ومن هؤلاء الأعوان الذين استعان بهم الخلفاء: الولاة، الوزير، الكاتب، والحاجب.

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ، ص ١١٢ .

(٢) لا يعرف الفقه الإسلامى فكرة الشخصية المعنوية، كما لايعرف مبدأ الفصل بين السلطات، ولا اصطلاح سلطات الدولة. وهى كلها أفكار حديثة ظهرت مع الديمقراطية الحديثة منذ القرن الثامن عشر الميلادى، بيد أن الفقهاء المسلمين توصلوا إلى نتائج شبيهة بتلك التي تترتب على هذه الأفكار والمبادىء الحديثة عن طريق تصور قانونى آخر وأدوات قانونية أخرى. فلكل فقه صناعته وطريقته. فالفقهاء المسلمون استعملوا=

= اصطلاح «الولاية» للدلاله عى ما يدخل ضمن اصطلاح «السلطة» وضمن اصطلاح «الوظيفة العامة» فى الاصطلاحات الحديثة. وتوصلوا إلي نتائج فكرة الشخصية المعنوية عن طريق «فروض الكفاية» وعلى رأسها تأتي الإمامة (الخلافة) وما يتفرع عنها من قضاء وجهاد وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر والقيام بعلوم الدين والدنيا.. إلخ، وتنفيذ هذه الفروض يؤدي إلى نتائج الشخصية المعنوية، وهى استمرار الدولة وتحقيق مصالح المجتمع. كما اعتمدوا على فكرة النيابة أو الإنابة، نيابة الخليفة عن الأمة ، للوصول إلى إحدى نتائج الشخصية المعنوية وهى ذاتية المجتمع ووحدته فى مواجهة الأفراد المكونين له. وتطبيقاً لذلك يذكر «الماوردى» صراحة فى مؤلفه «الأحكام السلطانية» ص ٣٣ «ولو مات الإمام لم تنعزل قضاته»، كما قال فى ص٣٠ «وإذا كان تقليد الأمير من قبيل الخليفة لم ينعزل بموت الخليفة وإن كان من قبل الوزير انعزل بموت الوزير لأن تقليد الخليفة نيابة عن المسلمين وتقليد الوزير نيابة عن نفسه». وهذا التصور يعنى بقاء الدولة فى أداء وظائفها رغم تغير أشخاص حاكميها، كما يعنى اختلاف العلاقات القانونية التي يعقدها الحاكم ومتولى الوظيفة العامة بصفته وكيلاً عن الأمة عن تلك التي يجريها بصفته الشخصية وفى ماله الخاص.

وبحكم مسئولية الخليفة أمام الله وأمام الناس كان عليه أن يمارس بنفسه اختصاصات الخلافة، غير أن إتساع هذه الاختصاصات - وما كان يراعى فى اختياره من صفات واعتبارات شخصية - فإنه يستحيل عليه ممارستها بنفسه، ولذلك اضطر إلى الاستعانة بعدد من المعاونين، فأسند كثير من أعماله إلى وزرائه وعماله وأمراء الأقاليم. وبالنظر إلى أن الفقه الإسلامى لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات، فإن كل السلطات ظلت مركزة في يد الخليفة - باعتباره وكيلاً عن الأمة - ويمارس معاونوه أعمالهم بمقتضى تفويض منه، ولا يتمتع أي منهم باختصاصات أصلية مستقلة.

ويفرق الفقهاء بين نوعين من الإنابة: إنابة التفويض وإنابة التنفيذ. ووصفوا «التفويض» بأنه ولاية لا تمنح إلا بتقليد أى بعقد، أما «التنفيذ» فلا يحتاج إلى تقليد أي عقد، بل يكفى فيه الإذن. ومعيار التفرقة بين أعمال التفويض وأعمال التنفيذ أن الأولى تقتضى حكماً =

= وقضاء وحق تصرف فى الأعمال والأموال، أما الثانية فلا تتضمن شيئاً من ذلك وتقتصر مهمة متوليها على تنفيذ ما كلف به، ولذلك كانت شروط عمال التنفيذ أخف بكثير من شروط الولاة (عمال التفويض)، وتقوم العلاقة بينه وبين كل منهم على أساس العقد. وبذلك تقوم الدولة الإسلامية على مجموعة من العقود يبرمها الخليفة- بصفته نائباً عن الأمة - مع من يعهد إليهم بمناصب الدولة التي تحتاج إلى تفويض، كما تتوزع الاختصاصات على أساس هذه العقود التي يتميز كل منها بأحكام خاصة به تبعاً لموضوعه (فالوزارة عقد، والقضاء عقد..إلخ).

وقد قسم الفقهاء أصحاب الولايات (المناصب) التي يتقلدها أصحابها بمقتضى تفويض إلى أربعة أنواع، لكل منها شروطه الخاصة:

أ- ولاية عامة فى أعمال عامة، يقصد بالأعمال هنا الأقاليم التي تتكون منها الدولة، أى يشمل اختصاصهم كل الأمور دون تخصيص، سواء كانت دينية أودنيوية، مدنية أو عسكرية، فى جميع أنحاء الدولة، وشاغلوا هذه الولاية هم الوزراء.

ب- ولاية عامة فى أعمال خاصة، أى يشمل اختصاصهم جميع الأمور ولكن فى مكان معين، وشاغلوا هذه الولاية هم أمراء الأقاليم .

جـ- ولاية خاصة في أعمال عامة، أى يقتصر اختصاصهم على نوع معين من الأعمال، ولكن اختصاصهم يشمل كل الأمور المتعلقة بهذا النوع من الأعمال. فى سائر أنحاد الدولة، وهؤلاء الولاة هم: قاضى القضاة ونقيب الجيوش وحامى الثغور ومستوفى الخراج وجابى الصدقات.

د- ولاية خاصه فى أعمال خاصة، وتشمل نوعاً محدداً من الأعمال في مكان معين، مثل قاضي بلد معين، مستوفى خراج بلد معين، حامى ثغر بلد معين..إلخ. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص ٧٥ وما بعدها.

١- الولاة:

لما كـان الخليفـة لا يستطيع أن يبـاشر وحـده أعبـاء الحكم والإدارة ، خاصة بعد أن امتدت الفتوحات الإسلامية خارج شبه الجزيرة العربية، فكان لابد له من الاستعانة بـولاة ينوبون عنه فى حكم الولايات التى خضعت للدولة الإسلامية(١).

وكـان الخليفـة عـمر بن الخطـاب - رضى الله عنه - أول من أرسل ولاة لحكم الولايات الإسلامـية نيابة عنه. وكـان الوالى يستـمد سلطاته من الخليـفـة الذى يجـمـع بين يديه جـمـيع السلطات (تـشـريعـيـة وتنفـيـذية وقـضـائيـة)(٢)، فهـو مجـرد وكيل عنه ولذا كان له أن يـعزله فى أى وقت يشاء(٣).

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار المطبوعات الجامعية،ص ٢١٨ .

وقد ارتبط تقسيم البلاد إلى أقاليم ليس فقـط بعوامل المصلحة العامـة، بل أيضاً بقوة أو ضعف ولاة الأقاليم ومدى صلتهم بالخليفة وقوته وضعفه.

(٢) سمى «الوالى» فى عـهد الخلفاء الراشدين باسم «العـامل» وهذا يدل على أن سلطته لم تكن مطلقة، ثم أطلق عـليه اسم «الوالى» فيمـا بعد خاصـة فى العصر الأموى. بما يفـيد مـاكان له من نفـوذ وسلطان، كمـا كـان يطلق عليه لقب «الأمـيـر» مما يدل على السلطة الاستبدادية التي تمتع بها الولاة فى بعض الأمور.

(٣) إذا كان من المسلم به جواز عـزل العاملين فى الدولة من وظائفهم، إلا أن الفقهـاء فرقوا فى هذا الصدد بين متولى الوظائف العامة بمقتضى عقد التفويض وتلك التي لاتحتاج إلى تفويض. فـأكثـر الفقهـاء لايجيزون العـزل غيـر المسبب فى وظائف النوع الثـانى، أما =

وبالرغم من تركيز السلطة فى يد الخليفة مما يمكن معه القول بأن الدولة الإسلامية كانت دولة مركزية - إذا استعملنا الاصطلاحات الحديثة- إلا أن توزيع الاختصاصات بين الخليفة وأمراء الأقاليم جعل منها دولة لا مركزية.

وكان من أبرز مهام الوالى إمامة المسلمين فى الصلاة، والفصل في الخصومات، وقيادة الجيوش فى الحرب، وجمع الصدقات. بيد أن سلطتهم لم تكن مطلقة في عهد الخلفاء الراشدين، فقد كان عمر بن الخطاب يراقب الولاة ويسأل عنهم الوفود عندما تصل إليه فى موسم الحج، ويعزلهم إذا حادوا عن العمل بأحكام الشريعة، ويقتص منهم إذا أجاروا علي حقوق الرعية حتى ولو كانوا من غير المسلمين[١]. أما فى عصر بنى أمية فقد إزداد نفوذ الولاة، وكانت سلطة بعض الولاة تطغى على سلطان الخليفة، فكانوا يجمعون الأموال كما يشاؤن دون الرجوع إلى الخليفة، كما امتدت فترة حكمهم حتى بلغت بالنسبة لبعض الولاة عشرين عاماً[٢]، الأمر الذى أدى إلى إرتكاب بعضهم للكثير من المظالم[٣]. وفى العصر العباسى تقلصت

= وظائف النوع الأول فالأمر مختلف فى شأنها، فأكثرهم لايجيز عزل القاضى دون سبب، أما الوزارة وإمارة الأقاليم فأكثرهم يجيزه. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٧٦ .

(١) دكتور أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى ، ص ٢١٨ .

(٢) كالحجاج بين يوسف الثقفى والي العراق، وعبد العزيز بن مروان والى مصر.

(٣) عندما تولي الخليفة «عمر بن العزيز» عزل عمال بنى أمية، ورد المظالم، وأمر عماله الجدد ألا يقتلوا أحداً إلا بعد الرجوع إليه.

سلطات الولاة، فأقتصرت على إقامة الصلاة وقيادة الجيوش ، وأسندت الكثير من الاختصاصات التى كانت للولاة فى العصر الأموى إلى غيرهم من كبار الموظفين، كما تم العمل على ألا يظل الوالى مدة طويلة فى ولايته، وإذا تم عزله كان عليه أن يقدم بياناً بأمواله، فإذا شك الخليفة فى أمانته كانت تصادر جميع أملاكه. وعندما اشتد الضعف بالدولة العباسية جنح الولاة إلى الاستقلال بولاياتهم حتى تفككت الدولة العباسية إلى دويلات صغيرة(١).

ويثور التساؤل فى هذا الصدد حول مسئولية الولاة عن أعمالهم، فالأصل أن الخليفة يظل صاحب الاختصاص الأصيل، وهو المسئول عن كل أمور الدولة أمام الله وأمام الناس ومن ثم يكون مسئولاً عن أعمال ولاته. وهؤلاء يسألون عن أعمالهم أمام الله وأمام الخليفة كما يسألون عن أعمالهم أمام الأمة. غير أن الفقهاء لم يضعوا الضوابط التى يمكن بمقتضاها إعمال هذه المسئولية أمام الأمة فى المجال السياسى، وإكتفوا فى هذا الشأن بوضع ضوابط مسئوليتهم أمام القضاء سواء العادى أم قضاء المظالم(٢).

وتنقسم إمارة الأقاليم بالنظر إلى الاختصاصات إلى إمارة عامة وإمارة خاصة.

فالولاية العامة هى أن يعهد الخليفة إلى الوالى بإمارة بلد من البلاد الاسلامية للنظر فى شئونه، من تدبر الجيوش، وتقليد القضاة، وجباية الخراج وقبض الصدقات وإقامة الحدود وجهاد الأعداء وتوزيع الغنائم بين

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢١٩ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٧٦.

المقاتلين، وإمامة الناس في الصلاة، وقد قسم الفقهاء الولاية العامة هى الأخرى إلى نوعين: ولاية استكفاء وولاية استيلاء. فولاية الاستكفاء هى التى يفوض فيها الخليفة برغبته واختياره إلى الوالى إمارة بلد أو إقليم للنظر فى جميع شئونه، فهى التى يتولاها الوالى «بعقد عن اختيار» أى يتولاها برضى الخليفة واختياره. أما ولاية الاستيلاء أو الإجبار فهى التى يستولى فيها الأمير بالقوة على بلد أو إقليم، فيضطر الخليفة جبراً عنه أن يقلده إمارتها ويفوض إليه تدبير كل شئونها، فهى التى يتولاها الوالى «بعقد عن اضطرار» أى أن الوالى أخذها كرهاً فيضطر الخليفة إلى إقراره عليها استجلاباً لطاعته. وفى ولاية الاستيلاء يستبد الوالى بجميع شئون الولاية دون الرجوع إلى الخليفة الذى يفقد كل سلطاته الزمنية على تلك الولاية، ومع ذلك يظل محتفظاً بسلطته الدينية باعتبارها رمزاً لزعامته الدينية، وقد كان الولاة يعترفون بها حتى يكسبوا حكمهم صفة الشرعية فى مواجهة شعوبهم.

والولاية الخاصة هى التى يقتصر عمل الوالى فيها على تنظيم الجيش وقيادته والدفاع عن كيان الدولة، وإمامة المسلمين فى الصلاة. ولم يكن لمثل هذا الوالى أن يتعرض للقضاء والأحكام ولا لجباية الخراج والصدقات، بل يعين الخليفة إلى جانبه عاملاً للخراج والصدقات وآخر للقضاء، فيكون لكل منهم عمله، ولا يملك أحدهم أن يتعرض للآخر فى اختصاصه[١].

وقد كانت ولاية العمال فى البلدان الإسلامية فى العهد الأول عامة، فكان له النظر فى جميع شئون الولاية، ثم خصصت بعد ذلك[٢].

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٢٠ .

(٢) فولاية عمرو بن العاص على مصر كانت عامة، حيث كان يقود الجيوش ويقضى=

٢- الوزير:

لم يوجد منصب الوزير - بالمفهوم الفني الاصطلاحي - في بداية عهد الدولة الإسلامية، وذلك لبساطة نظام الحكم في الإسلام في هذا العصر، وبعده عن مظاهر الملك وأبهته[1]. وقد عرفت الوزارة في عهد الدولة الأموية، إلا أن الوزارة لم تتمهد قواعدها وتتقرر قوانينها إلا خلال عصر الدولة العباسية. فمنذ بداية العصر العباسي وما تلاه من العهود الإسلامية، أصبح منصب الوزير أحد المناصب الهامة بل لقد استقر على رأس مناصب الدولة، وكانت مرتبة الوزير في هذا العهد تلي مرتبة الخليفة مباشرة، فهو ساعد الخليفة الأيمن، حيث ينوب عن الملك في ممارسة السلطتين المدنية والعسكرية. فقد كان له الحق في تعيين العمال وعزلهم، والإشراف على جمع الضرائب والقيام على موارد الدولة ومصارفها،

= في الخصومات ويجبي الخراج والصدقات ويوزعها على أهلها. ولكنها خصصت عندما عين عمر بن الخطاب عاملاً لجباية الخراج هو عبد الله بن سعد، كما عين قاضياً للفصل في الخصومات. وبذلك اقتصرت سلطة عمرو بن العاص على قيادة الجيوش وإمامة المسلمين في الصلاة.

دكتور/ حسن إبراهيم حسن ودكتور/ علي إبراهيم حسن: النظم الإسلامية، الطبعة الرابعة، ١٩٧٠، ص١٧٥.

(١) فقد كان الرسول - صلى الله عليه وسلم - يشاور أصحابه ولا يبت في أمر من أمور الدولة دون إستشارتهم، ولا سيما أبا بكر الذي أطلق عليه بعض العرب الذين كان لهم أختلاط بالفرس والروم إسم «وزير النبي». وعندما تولى أبو بكر الخلافة كان يستعين بعمر بن الخطاب في الأمور العامة والخاصة، كذلك فعمل عمر مع علي بن أبي طالب وعثمان بن عفان.

والإشراف على ديوان الرسائل، بجانب الوجبات العادية من نصح الخليفة ومعاونته[١].

ويشترط فى من يتولى الوزارة ذات الشروط الواجب توافرها فى الخليفة وولى العهد باستثناء شرط النسب القرشى، وقد كان الخليفة هو الذى يقوم باختيار الوزير دون التقيد بقواعد خاصة، إذ كان الخليفة يختار أى شخص لتولى هذا المنصب مادامت تتوافر فيه الكفاءة اللازمة لذلك[٢].

وقد ميز الفقهاء بين نوعين من الوزارة: وزارة التفويض ووزارة التنفيذ. فوزير التفويض له ولاية عامة فى كل الأمور - دينية كانت أم مدنية أم عسكرية - فى كل أنحاء الدولة، حيث يتولى الوزير فى هذه الحالة القيام بجميع المهام التى يقوم بها الإمام ماعدا بعض الأمور المحددة على سبيل الحصر والتى يختص بها الخليفة وحده[٣]، ويجوز للوزير أن يقوم بالمهام الموكلة له بنفسه، كما يجوز له أن ينيب عنه غيره، على أنه يقع على عاتق

---

(١) دكتور/ حسن إبراهيم حسن، دكتور/ على إبراهيم حسن: النظم الإسلامية، ص١١٤ .

(٢) إلا أن الوزراء - خلال العصر العباسى - كان يتم اختيارهم من غير العرب كالفرس والترك وغيرهم، ويرجع السبب فى ذلك إلى استعانة العباسيين بهم فى تدعيم دولتهم.

(٣) تتمثل هذه الأمور فى ثلاثة أشياء: أ- ولاية العهد: فللإمام أن يعهد إلى من يرى بينما لا يستطيع الوزير أن يعهد بالوزارة لأحد من بعده. ب- أن للإمام أن يستعفى الأمة من الإمامة وليس للوزير أن يطلب من الأمة إعفاءه من منصبه، وإذا أراد ترك الخدمة طلب الإعفاء من الخليفة الذى فوضه فى ممارسة سلطاته. جـ- للإمام أن يعزل من قلده الوزير وليس للوزير أن يعزل من قلده الإمام. دكتور/ مصطفى سيد أحمد صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر «من العصر الفرعونى حتى العصر الإسلامى»، ص٣٧٦ .

الخليفة عبء مراجعة أفعال الوزير ليقر منها ما وافق الصواب ويستدرك ما خالفه لأن الإمام هو المسئول الأول أمام الأمة. ولما كان وزير التفويض يقوم مقام الإمام فلا يجوز التعدد في وزارة التفويض، مثلها في ذلك مثل الخلافة. وقد جرى العمل في عهد إمارات الإستيلاء على أن يكون لكل أمير وزير تفويض في إمارته(١). أما وزير التنفيذ: فهو ينوب عن الإمام في تنفيذ ما يكلفه به من أمور دون أن تكون له سلطة استقلالية، فالرأي والاجتهاد يبقى للخليفة وتكون مهمة وزير التنفيذ أن يبلغ ويباشر تنفيذ مايرد إليه من أوامر(٢). ومن هنا كانت شروط وزير التنفيذ أخف من شروط وزير التفويض، إذ كل ما يشترط فيه فقط الكفاءة والأمانة والتعفف والبعد عن الهوى، فلا يشترط فيه العلم بالأحكام الشرعية لأنه ليس له حق النظر الاجتهادي المستقل، ولذلك يجوز لغير المسلم- طبقاً لرأيٍ بعض الفقهاء - شغل هذا المنصب، كما أنه ليس له حق الولاية على غيره ولذلك لا يشترط فيه الحرية، فيجوز أن يكون رقيقاً طبقاً لرأى بعض الفقهاء. واختصاصات وزير التنفيذ لاتتجاوز تنفيذ مايكلف به، ومن هنا كانت اختصاصاته أدنى بكثير من اختصاصات وزير التفويض، ولذلك يجوز تعدد وزراء التنفيذ على أن يختص كل منهم بعمل معين(٣).

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٧٨.

(٢) ولذلك لايدخل الفقهاء هذه الوظيفة فى عداد الولاية، ولكن الفقهاء وصفوا عمله بالوزارة لأنه أحياناً يشارك الخليفة الرأى فى بعض الأمور وإن كان القرار للخليفة وحده. ووظيفة وزير التنفيذ أقرب ماتكون لوظيفة الوزير فى العصر الحالى.

(٣) دكتور صوفى أبو طالب. تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٧٨.

٣- الكاتب:

بعد اتساع رقعة الدولة الإسلامية زادت أعباء الخلافة، وظهرت الحاجة إلى تعيين موظفين يعاونون الخليفة أو الوزير فى الإشراف على الدواوين وإدارتها، فنشأت بذلك وظيفة الكاتب.

ونظام الدواوين لم يكن معروفاً في عهد الرسول- صلى الله عليه وسلم - وأول من أدخله هو الخليفة عمر بن الخطاب[١]. وقد تطور نظام الدواوين تبعاً لازدياد رقعة لدولة ودقة التنظيم الإدارى، ولذلك نظمت الدولة الأموية الدواوين ثم أعاد العباسيون النظر فيها. ففى العهد الأموى وجدت بالعاصمة خمسة دواوين هى: ديوان الجند، ديوان لخراج، ديوان الرسائل (يختص بجميع المكاتبات والتعليمات التى ترسل للولايات)، ديوان الخاتم (وفيه تسجل وتحفظ كل الأوامر والقرارات)، ديوان البريد. وبقيت هذه الدواوين فى العصر العباسى وزاد عليها عدة دواوين منها: ديوان الأمة (لمراجعة الحسابات)، ديون المظالم، ديوان الصوافى (أراضى الدولة)، ديوان الضياع (الضياع الخاصة بالخليفة) ...إلخ[٢].

---

(١) الديوان كلمة فارسية تعنى السجل أو الدفتر، وهو يقابل ما يعرف فى العصر الحديث بالوزارات والمصالح الحكومية.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٨١.

وكل الدواوين كانت توجد فى العاصمة، وأكثرها له فروع فى الأقاليم[١]. وحينما استقل حكام الأقاليم بها بعد ظهور نظام ولاية الاستيلاء، تحولت فروع الدواوين إلى دواوين مستقلة فى الإمارة.

وقد إزداد أهمية الكتاب - رؤساء الدواوين فى الدولة العباسية، إذ أنهم أصبحوا يشكلون وحدة على رأسها الوزير أى يشكلون حكومة الخليفة أو مايعرف باسم «ديوان العزيز». وفى كثير من الأحيان كانت وظيفة الكاتب سبيلاً إلي الوزارة، حيث كان الكاتب يرقى إلى رتبة الوزير معتمداً على كفايته وبلاغته، بل إن كثيراً من الخلفاء إستعاضوا عن الوزير بالكتاب[٢].

٤- الحاجب:

لم تعرف وظيفة الحاجب فى عصر الرسول - ﷺ- ولا فى عصر الخلفاء الراشدين، إذ لم يكن أحد يمنع من الدخول على الرسول - ﷺ - أو على الخلفاء الراشدين فى فترات خلافتهم[٣]، ويرجع ذلك إلى بساطة نظام الحكم وقيامه على مبدأ الشورى. ولما تولى معاوية بن أبى سفيان

---

(١) كانت فروع الدواوين فى أول الأمر تدون بلغة الولايات التابعة للدولة الإسلامية، وقد استمر الأمر كذلك إلى أن تولى الخلافة عبد الملك بن مروان فأمر بتعريب الدواوين.

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص ٢٢٦

(٣) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ٩٢ .

الحكم ظهرت وظيفة الحاجب، وحذا حذوه من جاء بعده من خلفاء بنى أمية، وربما يرجع ذلك إلى خشية الخلفاء على أنفسهم من الإغتيال. ،كما أنها تؤدى إلى تلافى إزدحام الناس على أبواب الخليفة مما يشغلهم عن النظر فى أمور الدولة. وقد إقتفى العباسيون أثر بنى أمية فى مسألة الحجابة، بل أسرفوا فى منع الناس من الدخول على الخليفة إلا فى المسائل الهامة.

وقد كانت مهمة الحاجب هى إدخال الناس على الخليفة طبقاً لمركزهم الاجتماعى ومكانتهم فى الدولة، فهو يشغل منصباً سامياً فى بلاط الخليفة يشبه منصب كبير الأمناء فى الوقت الحاضر. وقد إزداد نفوذ الحاجب فى العصر العباسى، فأصبح يستشار فى كثير من أمور الدولة، ويستبد بالنفوذ دون الوزير، كما حال دون تنفيذ أى قرار لايرضي عنه مما أصبح لزاماً على رؤساء الدواوين ألا يمضون أمراً من أمور الدولة قبل الجوع إليه[1].

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٢٨ .

المبحث الثانى
نظام الحكم فى مصر
أثناء فترة التبعية للخلافة الإسلامية

فتح المسلمون مصر على يد القائد عمروبن العاص عام (٢٠هـ - ٦٤١م)، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت مصر إحدى الولايات التابعة للدولة الإسلامية، وقد استمرت مصر «ولاية استكفاء» حتى اسقل بها «أحمد بن طولون» عام ٨٦٨م وجعلها إمارة مستقلة عن الدولة العباسية «ولاية استيلاء». وقد إستمرت مصر تتمتع باستقلالها حتى قام العثمانيون بضمها إلى الدولة العثمانية عام ١٥١٧م (وذلك بعد هزيمة السلطان قنصوة الغورى فى معركة مرج دابق شمال حلب بسوريا عام ١٥١٦م، وهزيمة السلطان طومان باى آخر سلاطين المماليك فى معركة الريدانية - بالقرب من العباسية حالياً- عام ١٥١٧م)، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت مصر ولاية تابعة للدولة العثمانية حتى استقلت عنها عام ١٩١٤ مع قيام الحرب العالمية الأولى.

وفى ضوء ما تقدم، فسوف نوضح نظام الحكم فى مصر خلال فترة تبعيتها للخلافة الإسلامية، أى الفترة من ٦٤١م حتى عام ٨٦٨م. ثم نوضح نظام الحكم فى مصر خلال فترة تبعيتها للدولة العثمانية.

أولاً: نظام الحكم فى مصر خلال فترة التبعية للخلافة الإسلامية:

أصبحت مصر بعد الفتح العربى ولاية تابعة للدولة الإسلامية وتشكل جزءاً من الإمبراطورية العربية. وكانت مصر فى تلك الفترة ولاية استكفاء تخضع للسلطة المركزية فى الدولة الإسلامية المتمثلة فى الخليفة، فهو الذى يملك جميع السلطات العليا فى مصر(١).

وقد كان الخليفة يقوم بتعيين والياً ينوب عنه فى حكم مصر، وكان الوالى يقيم فى عاصمة الولاية(٢)، وقد يجعل الخليفة ولاية الوالى أحياناً ولاية عامة ويفوضه فى اختيار العمال الذين سيعاونونه فى الحكم، وقد يجعل ولايته فى أحيان أخرى ولاية خاصة، ويعين بجانبه عمالاً مستقلين عنه للقيام ببعض وظائف الحكم، مثل عامل الخراج والقاضى وصاحب الشرطة(٣).

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٢٩ .

(٢) كان الوالى فى البداية يقيم فى مدنية «الفسطاط» التى شيدها «عمرو بن العاصى»، إلى أن شيد «أبوعون» قائد جيش العباسين مدينة «العسكر» شمال «الفسطاط»، فاتخذها الوالى مقراً له حتى عهد «أحمد بن طولون». دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى» ، ص٣٦١ .

(٣) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٩٣ .

كانت الولاية على مصر إما عامة أو خاصة تبعاً للظروف ومن غير قاعدة ثابتة فى ذلك. ففى بداية الحكم الإسلامى لمصر كانت ولاية عمروبن العاص عليها عامة وشاملة =

ولم تكن هناك مدة محددة يباشر فيها الوالى سلطته، فقد كان بقاؤه في الولاية مرهوناً برضاء الخليفة عن مسلكه. وفي العصر الأموى كانت مدة الولاية فى المتوسط أكثر منها بكثير فى العصر العباسى(١).

وكان الوالى يستمد سلطته من الخليفة، فهو ينوب عنه فى حكم البلاد. وكان هذا الوالى يتمتع بسلطات واسعة لم يكن يحد منها سوى خضوعه لرقابة الخليفة الذى كان له الحق فى عزله فى أى وقت يشاء. فالوالى بوصفه ممثل الخليفة يعتبر الحاكم الإدارى الأعلى وبصفته هذه كانت له سلطة تعيين الموظفين الذين يعاونونه فى إدارة شئون البلاد، كما كانت له سلطة عزلهم وتأديبهم، كما كان يعد أمير الجند أى قائد الجيوش الموجودة فى مصر ومن ثم المسئول عن تأمين البلاد(٢). وقد كانت الصلاة أهم

= لكل الأمور، حيث كان يقود الجيش ويقضي بين الناس فى الخصومات ويجمع المال ويقوم بإمامة الناس فى الصلاة. ثم خصصت بعد ذلك حين قام عمربن الخطاب بتعيين عبد الله بن سد بن أبى سرح لجباية الضرائب، كما ولى على مصر قاضياً يفصل بين الناس فى الخصومات. فأصبحت سلطة الوالي مقصورة على إمامة الناس فى الصلاة وقيادة الجيش. وإستمرت الولاية علي مصر ولاية خاصة، بإستثناء فترات محدودة من العصر الأموى، مثل ولاية عبد العزيز بن مروان، وكذلك عندما اشتد الضعف بالخلافة العباسية، فعمل أحمد بن طولون على الجمع بين وظيفتى الوالى وعامل الخراج، فكان له إمامة الناس فى الصلاة وقيادة الجيش وجمع الأموال، واستبد بالسلطة دون الخليفة حتى إستقل بالبلاد. دكتور/ أحمد إبراهيم حسن:تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص ٢٣١ .

(١) دكتور محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٥٩ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٥٨ .

أعـمال الوالى لارتبـاطهـا بفكرة الإمامـة الدينيـة، فكان علي الوالى أن يؤم المسلمين فى صلاة الجمع والأعياد فى المسجـد الجامع فى العاصمة، وعندما تعددت المسـاجد الجامـعة فى العاصـمة بعد إنتشـار الإسلام فى مصـر كان ينيب عنه من يؤم المسلمين فيها، واستـمر الحال على هذا الوضع حتى بداية العصر العـباسى حين ولى مصر ولاة من غـير العرب لا يحسنون الـعربية، فأنابوا غيرهم عنهم فى الصلاة[١].

ثانيـاً: نظام الحكم فى مصر خلال فترة التبعية للدولة العثمانية:

استـطاع العثـمانيـون الإستـيلاء على مـصر عـام ١٥١٧م، ولم يكن العثمانيون يهدفون من إقامة إمبراطوريتهم أية أهداف دينية أو حضارية، بل كان هدفهم - كما يرى جانب من الباحثين - هو جمع المال والثروة لتصب في خزائن الباب العالى فى عاصمة الدولة العثمانية [٢].

ولذلك لم يشغل العثـمانيون أنفسهم بإقـامة كيان سيـاسى فى مصر تتحدد فيه بوضوح العـلاقات بين الحاكم والمحكوم علي أساس من الحقوق والواجبات المتبادلة. بل أقامـوا نظاماً يضمن جمع المال وإرساله إلى الخزانة العثمـانية. ولهذا كان التنظيم السـياسى والإدارى فى مصر تنظيمـاً للجباية والجبـاة، ولم يكن تنظيمـاً يقوم على الحق والمـصلحة[٣]. ولـذلـك أبـقـى

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص ٢٣٠ .

(٢) دكتـور/ محـمد نور فـرحات: التاريخ الإجـتمـاعى للقانون فى مـصر الحـديثة، طبـعة ١٩٨٥، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص١٣٥ .

(٣) دكتور/ محمد نور فرحات: التاريخ الإجتماعى للقانون فى مصر الحديثة، ص ١٣٦ .

العثمانيون في مصر على تنظيم السلطة كما هو دون تعديل إلا بالقدر الذي يضمن لهم الحصول على موارد البلاد واستمرار السيادة العثمانية عليها. فقد كانت فلسفتهم تقوم على بقاء الحال على ما هو عليه بقدر الإمكان مع إدخال الحد الأدنى من التغييرات التي تسهل الحصول على المال لخزانة الباب العالي[١].

ولم يقم السلطان سليم الأول بتوحيد السلطة في مصر، وإنما قام بتوزيعه على ثلاث قوى كل منها تراقب أعمال الأخرى، حتى يضمن بفضل تنازعها بقاء واستمرار السيادة العثمانية[٢]. وهذه السلطات هي:

١- الوالي:

كان الوالي يلقب بالباشا، وكان يعين بمقتضى «خط شريف» أي فرمان يصدر من السلطان العثماني شخصياً، وكان الولاة يعينون لمدة سنة واحدة، ومع ذلك فقد تواتر العمل على تجديد مدة عمل والي مصر سنوات أخرى حتى أن بعض الولاة استمر حكمهم لمصر أكثر من عشر سنوات[٣]. وبقاء الوالي في منصبه كان مرهوناً برضاء السلطان العثماني عنه، وإلا كان

---

(١) دكتور/ محمد نور فرحات: التاريخ الإجتماعي للقانون في مصر الحديثة، ص ١٣٧ .

(٢) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصري بعد الفتح الإسلامي ص ٩٧ .

(٣) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصري، ص٤٥٩ .

تواتر العمل على تجديد مدة عمل والي مصر سنوات أخرى بموجب تقرير يصدر من السلطان لهذا التجديد عرف بتقرير السنة الجديدة. دكتورة/ ليلى عبد اللطيف: الإدارة في مصر العثمانية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ص ٦٧ .

للسلطان عزله حتى قبل انقضاء فترة تعيينه.

وقد كان الوالى يتمتع بسلطة إصدار التشريعات، بشرط عدم تعارضها مع التشريعات المركزية العثمانية النافذة فى مصر، وكذلك أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها الشريعة العامة فى البلاد. وقد كان يعاون الوالى فى ممارسة السلطة التشريعية مجلس استشارى يطلق عليه الديوان(١).

كما كان الوالى يتمتع بسلطات مالية وإدارية، والتى كانت تعد أهم الاختصاصات المنوطة بالوالى. وتتمثل تلك الاختصاصات في المحافظة على النظام العام والصحة العامة، ورئاسة الاحتفالات العامة، ونفيذ أوامر السلطان العثمانى، وجمع الجزية السنوية واتخاذ مالزم من إجراءات تكفل وصولها فى أمان إلى خزانة الباب العالى(٢).

وكذلك كان الوالى هو القائد الأعلى للفرق العسكرية الموجودة فى مصر، فهو المسئول عن تأمين ثغور مصر وحدودها، وتأمين بعثات الحج بتخصيص القوة العسكرية اللازمة لحمايتها. كما كان له توجيه الحملات العسكرية إلي خارج مصر عندما يطلب منه السلطان العثمانى ذلك(٣).

كما كان الوالى العثمانى هو المختص بإقامة العدل فى البلاد، ولهذا فإنه كان يتمتع باختصاصات قضائية مارسها من خلال رئاسته لمحكمة

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ٩٧ .

(٢) دكتور/ محمود نور فرحات: التاريخ الإجتماعى للقانون في مصر الحديثة، ص ١٦٢ .

(٣) دكتور/ محمد نور فرحات: التاريخ الإجتماعى للقانون فى مصر الحديثة، ص ١٦٣

الـديـوان[١]، وحضـور جلسات مـحكمة بيت المـال، كما كـان يحق له التصدى مبـاشرة للمسائل الجنائية وتوقيع العقاب على المجـرمين. كما كان له مراقبة القضاة فى مصر باعتباره رئيسهم الأعلى[٢].

٢- قائد الجيش:

قام السلـطان سليم الأول قبل مـغادرته مصـر بجعل جـيش الحامـية الموجود في مـصر تحت قـيادة قـائد مقرة القلعـة، وكلفه بحـفظ النظام فى البلاد والدفاع عنهـا وجباية الخراج. وقسم الجيش أو الحـامية إلي ست فرق وجعل لكل فرقة قائداً يطلق عليه لقب الأغا [٣].

كذلك أنشأ مجلس شورى الباشا، والذى كان يتكون من الضباط من سائر الفـرق العسكرية لمساعـدة الوالى فى إدارة البلاد، فلا يقـضى أمراً إلا بمصادقـته. ثم أعيد تنظيم هذا المجلس فـى عهد السلطان سليمـان القانونى فـأنشأ مـجلس آخـر بجـانبه أدخـل فى تشكيله كـبار الضـبـاط والموظفين والأعيـان، وأطلق عليه اسم المجلـس الأكبر، وكـان ينعقـد برئاسة البـاشا، وكان يختص بالنظر فى كل ما يتعلق بالأعمال العامة الهامة ولذلك كان لا

(١) كـانت محكـمة الديوان تنظـر المنازعات التي يـعرضـهـا أطرافهـا علي الديوان العـالى لفقدانهم الثقة فى القضاء العادى المنتشر فى كافة أنحاء البلاد.

(٢) دكتور/ مـحمـد جمال عطيـة عيسـى: تاريخ القـانون المصرى بـعـد الفتح الإسلامى، ص ٩٩.

(٣) دكتـور/ عبد المجيد محـمد الحـفناوى: تاريخ القانون المصرى «مـع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى»، ص ٣٧٢.

يجتمع إلا للتداول في الشئون الخطيرة. أما مجلس شورى الباشا فقد أطلق عليه المجلس الأصغر، وكان يتكون من رجال الجيش وحدهم، وكان ينعقد يومياً للنظر في شئون البلاد العادية برئاسة الباشا(١).

٣- المماليك:

يعد المماليك هم القوة الثالثة التى استبقاها السلطان سليم الأول فى إدارة البلاد ، وذلك لحفظ التوازن بين الباشا وقادة الجيش. وقد تمتع المماليك، والذين كانوا يلقبون بلقب«بيك»، بحق تولى الإدارات الكبرى فى البلاد، ولهذا فإنه كان يتم اختيار حكام المحافظات من بينهم(٢).

ولم يقتنع المماليك بالسلطة الإدارية الممنوحة لهم من قبل السلطان العثمانى، وتمكنوا شيئاً فشيئاً من أن يجمعوا بين أيديهم السلطة الإدارية والعسكرية والمالية وأن يستأثروا بالحكم وأن يصبحوا أصحاب الكلمة العليا فى البلاد وفى ديوان الوالى. ويرجع السبب فى ذلك إلي إسراف الباب العالى فى تغيير الولاة خوفاً من أن يصبح لهم نفوذ إذا مكثوا طويلاً فى مناصبهم، فانصرف الولاة عن الإدارة وشئون الحكم واهتموا بجمع الثروة(٣). كذلك أباح الباب العالي للمماليك بالعودة إلى نظامهم القديم،

---

(١) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٢٤ .

(٢) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى»،ص٣٧٢ .

(٣) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون «تكوين الشرائع وتاريخ القانون المصرى»، الطبعة الثانية ١٩٥٢، مطبعة دار النشر الثقافة، ص ٣٦١ .

والذى يرجع إليه أصل تكوين طبقتهم، وهو النظام الذى يقضى بشراء مماليك صغار السن وتربيتهم وتدريبهم على أعمال الحرب حتى يكونوا أتباعاً لأمرائهم[١]، وقد كون أفراد هذه الطبقة في العصر العثمانى فى مصر قوة هائله لايستطيع الوالى مقاومتها[٢].

وباستيلاء المماليك على السلطة الفعلية فى مصر، أصبح الوالى لا يملك أى سلطة فعلية فى البلاد، وأصبحت السلطة مركزة فى يد حاكم القاهرة والذى كان يلقب بشيخ البلد، والذى كان يختاره المماليك من بين أمرائهم. واقتصرت وظيفة الوالى على استلام الضرائب وإرسالها إلى الباب العالى، والتجسس لحساب السلطان العثمانى وإخباره بالخلافات التى كانت تقع بين أمراء المماليك. وهكذا إنتهى الأمر إلى أن أصبحت سلطة السلطان العثمانى فى مصر مجرد سلطة رمزية تتمثل فى سك النقود باسمة، والحصول على الضرائب والدعاء له فى خطبة الجمعة باعتباره خليفة المسلمين. وحتى سلطته فى تعيين والى مصر أصبحت سلطة رمزية ، إذ أن سلطة أمراء المماليك وشيخ البلد وصلت إلى أنهم هم الذين كانوا يقومون بعزل الوالى[٣].

---

(١) وقد جرت العادة على تحرير هؤلاء المماليك بعد عدة أعوام ، وتمكينهم من السير فى الطريق الذى سار فيه أوليائهم من قبل، حتى يصبحوا بيكوات مثلهم.

(٢) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٢٥

(٣) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصري بعد الفتح الإسلامي، ص ١٠٢

المبحث الثانى

نظام الحكم فى مصر

أثناء فترات الإستقلال عن الخلافة الإسلامية

عندما دب الضعف فى الدولة العباسية وإزداد نفوذ الأتراك فيها، حل الولاة الأتراك محل الولاة العرب، وكان الولاة الأتراك يؤثرون الإقامة فى بغداد ويقومون بإرسال نواب عنهم إلي مصر لحكم البلاد وإرسال الخراج إليهم. وفى سنة ٢٥٤هـ - ٨٦٨م عهد الخليفة العباسى بولاية مصر إلى التركى «باكباك» الذى إستمر فى الإقامة فى بغداد وأرسل «أحمد بن طولون» ليكون نائباً عنه فى حكم مصر[١]. بيد أن أحمد بن طولون مالبث

---

(١) «منذ عهد الخليفة هارون الرشيد (١٧٠ - ١٩٣هـ) اتبع الخلفاء العباسيون سياسة اقطاع بعض أقاليم الدولة العباسية لبعض الشخصيات على أن يؤدوا مالاً معيناً للخلافة. ولا ريب فى أن النظام الاقطاعى فى الشرق كان يختلف اختلافاً كبيراً عنه فى الغرب، ولعل أكبر فرق بين النظامين الشرقى والغربى أن الإقطاع الأوربى كان يتوارث فى أسرة صاحب الإقطاع وفق تقاليد وراثية معروفة، أما فى الشرق فلم يكن من حق صاحب الإقطاع أن يورث إقطاعه، كذلك كان السكان فى الغرب يقطعون مع الأرض بعكس النظام فى الشرق.

وقد عرفنا من أوراق البردى أن المعتصم أقطع القائد التركى «أبا جعفر أشناس» مصر فى سنة ٢١٩هـ ثم أذن له بأن يولى الحكام بنفسه، وكان اسم أشناس يذكر فى خطبة الجمعة مع الخليفة وقد ضربت السكة باسمه أيضاً كما نقش إسمه على الموازين والمكايين، وظل أشناس صاحب إقطاع مصر ويعين ولاتها من قبله إلى أن توفى سنه ٢٣٠هـ وأقطعت مصر بعد ذلك لنفر من الترك. على أن سياسة إقطاع الأتراك ولاية مصر أدت إلي =

أن استقل بحكم مصر مع بقائها تابعة للخليفة العباسى من الناحية الدينية فقط. وبذلك تحولت مصر من ولاية استكفاء إلي ولاية استيلاء، وأصبحت إمارة مستقلة. وبذلك قامت فى مصر الدولة الطولونية ثم الدولة الإخشيدية، ثم فترة الخلافة الفاطمية حيث استقلت عن الخلافة العباسية، ثم الدولة الأيوبية ثم دولة المماليك حيث عادت إلى حظيرة الخلافة العباسية من حيث التبعية الدينية فقط.

وفى هذه الفترات كان حكام مصر يحكمونها بأنفسهم، وهم الذين يمارسون فيها كافة السلطات بصفتهم أصحابها الأصليين لا باعتبارهم ممثلين لأحد أو نواباً عنه[1].

= نتيجة لم تكن فى الحسبان، إذ كان هؤلاء القواد الترك يؤثرون البقاء فى عاصمة الخلافة خشية أن تدبر ضدهم الدسائس، كما كان الخليفة نفسه يرحب ببقائهم خوفاً من أن يستقلوا بالبلاد التي كانوا يحكمونها. فكان هؤلاء الأتراك لا يحكمون بأنفسهم بل يستخلفون من يقوم بالأمر نيابة عنهم علي أن يحمل إليهم هؤلاء النواب الأموال ويدعون لهم على المنابر كما يدعى للخليفة. وإذا كان الخلفاء يراقبون أصحاب الإقطاع لئلا يستقلوا بالبلاد، فإنه لم يكن باستطاعتهم أو لم يدر بخلدهم أن يراقبوا نوابهم، ولم يكن من العسير على نائب وال له شخصية بارزة وآمال واسعة أن يستقل بأمور البلاد بعد أن تطرق الضعف إلى مركز الخلافة نفسها. وهذا ما حدث فى عهد أحمد بن طولون الذى استقل بمصر عن الخلافة وأسس بها دولة مستقلة عرفت باسم الدولة الطولونية، كانت أول دولة مستقلة فى تاريخ مصر الإسلامية (٢٥٤ - ٢٩٢هـ ٨٦٨ - ٩٠٥م)».
دكتوره/ سيدة اسماعيل كاشف: مصر فى عصر الولاة «من الفتح العربى إلي قيام الدولة الطولونية»، طبعة ١٩٨٨ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٣٢ - ٣٣ .

(١) دكتور / محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١٠٧ .

أولاً: نظام الحكم فى مصر أثناء الدولة الطولونية:

أصبحت مصر ولاية استيلاء فى عهد الدولة الطولونية (فى الفترة من ٢٤٢ - ٢٩٣هـ، ٨٦٨ - ٩٠٥م). وبذلك كانت إمارة يحكمها أحمد بن طولون وذريته من بعده. فقد كانت مستقلة عن الخلافة العباسية فيما يتعلق بالمسائل الزمنية أما من الناحية الدينية فكانت تابعة لها. على أن أحمد بن طولون قد قطع كل صلة بالخلافة عام ٢٦٩هـ بحذفه اسم الخليفة من الخطبة والإمتناع عن إرسال الخراج إليه، وأصبحت مصر إمارة مستقلة تماماً عن الخلافة العباسية سواء من الناحية الزمنية أو من الناحية الدينية. وكان أمير مصر فى هذه الفترة يستعين بكاتب ليساعده فى القيام بمهام الدولة، وقد كانت له نفس اختصاصات الوزير، وإن كان لم يعترف له بهذا الإسم[1].

---

(١) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى»، ص٣٦٣ .

«كان طولون من الأتراك الذين كانوا يقيمون فى بلاد التركستان، ومن أسرة تقيم فى بخارى، وأرسل كأسير وأهدى إلي الخليفة وتدرج فى أعلى المناصب. وعند وفاته عام ٢٤٠ هـ عهد الخليفة المتوكل إلى إبنه «أحمد» بإمره الثغور ثم إمرة دمشق. وقد تولى أحمد بن طولون حكم مصر فى عهد المستعين عام ٢٥٤هـ بعد أن كان نائباً عن أميرها بايكباك، ثم استقل بها وضم إليها الشام وأقره الخليفة على ذلك وكان يدعى له على المنابر بعد الخليفة، كما قام بضرب الدينار الأحمدى ونقش عليه اسمه بجوار اسم الخليفة وكون جيشاً قوياً وأعلن الجهاد كوسيلة مقبولة لفتح الشام وضمها إليه. وظل يعلن اعترافه بالخليفة المعتمد، كما أصدر الخليفة كتاباً ورد فيه إعترافه بتوارث الحكم فى أبناء ابن طولون خمارويه وولده على مصر والشام والثغور وأرمينية لمدة ثلاثين عاماً. وبذلك تأسست الدولة الطولونية بمصر. وتولى خمارويه الحكم بعد أبيه، وبعد مقتل خمارويه=

ثانياً : نظام الحكم في مصر أثناء الدولة الإخشيدية:

عادت مصر عام ٩٠٥م ولاية عباسية ، إلى أن عهد الخليفة العباسى بولاية مصر إلى محمد بن طغج الإخشيد عام ٣٢٣هـ-٩٣٥م، فاستقل بحكم مصر مع بقاء تبعيته الدينية للخلافة العباسية. ومن ثم عادت مصر ولاية استيلاء مرة أخرى (فى الفترة من ٣٢٣ - ٣٥٨هـ ، ٩٣٥ - ٩٦٨م). وفى عهد الإخشيدين عرف نظام الوزارة لأول مرة، لمساعدة الأمير فى القيام بأعباء البلاد[1].

= انتقل الحكم إلى ولديه أبو العساكر جيش وهارون على التوالى، وبعدهما إلى عمهما شيبان . وإنتهى الأمر بسقوط الدولة الطولونية بعد حكم دام ثمانية وثلاثون عاماً عادت بعدها إلى الدولة العباسية». دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٩٥ .

(١) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى»، ص ٣٦٣ .

«تولى محمد بن طغج إمارة مصر عام ٣٢٣ بتقليد من الخليفة العباسى الراضى بالله، ثم منحه عام ٣٢٦ بناء على طلبه لقب الإخشيد - وهو لقب يعنى ملك الملوك فى لغة إقليم فرغانة - ووطد سلطانه فى مصر ونجح فى الحصول على البيعة لابنه «أنوجور» من قواد جيش مصر وذوى الرأي فيها، وأقر الخليفة العباسى عام ٣٣٣ ولاية الإخشيد ثم إبنه لمدة ثلاثين عاماً، كما أقر الخليفة ولايته على الشام والحجاز واليمن. وبعد وفاته تولى «كافور» الوصاية على ولدية أنوجور وعلى، وكان هو صاحب السلطة الفعلية. وبعد وفاة أولهما عام ٣٤٩ وثانيهما عام ٣٥٥، آل الحكم إلى حفيد الإخشيد «أبو الفوارس أحمدبن على» وهو صبى فى الحادية عشرة. وانتهى حكم الدولة الإخشيدية حينما دخل جوهر الصقلى مصر عام ٣٥٨ ». دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر،=

ثالثاً: نظام الحكم فى مصر أثناء الدولة الفاطمية:

تغير الوضع السياسى لمصر الإسلامية إبان قيام الدولة الفاطمية، فهى لم تعد إمارة تابعة للخلافة العباسية، بل أصبحت مقراً وقاعدة للخلافة الفاطمية(١). وقد كانت سلطة الحكم خلال فترة حكم الدولة الفاطمية فى يد الخليفة، والذى كان يستعين بوزير لمساعدته فى القيام بأعباء الحكم.

وكانت سلطات الخليفة الفاطمى واسعة، وأهمها السلطة الدينية، لأن الإمامة هى القاعدة التي يرتكز عليها الدين كله من وجهة نظر المذهب الشيعي الإسماعيلى، وكان الأئمة الفاطميون يميلون إلي الاحتفاظ بمظهرهم

= الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص ٩٥ .

وأنظر في تفصيلات ذلك الموضوع: دكتورة/ سيدة إسماعيل كاشف: مصر فى عهد الإخشيديين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سلسلة تاريخ المصريين (٢٩)، ص ١١١ وما بعدها.

(١) قامت الخلافة الفاطمية بالمغرب فى أواخر الثالث الهجرى، على أساس المذهب الشيعى الإسماعيلى، والذى كان يقوم على الاعتقاد بأن أولاد على - رضى الله عنه - هم الأحق بالخلافة، لأنهم أبناء علي إن عم الرسول - صلى الله عليه وسلم- وزوج إبنته فاطمة رضى الله عنها. ولهذا عندما نشأت الخلافة الفاطمية فى المغرب، أصبحت تنافس الخلافة العباسية فى الشرق، التى تعتنق المذهب السنى. ولهذا حاول الفاطميون مد نفوذهم نحو الشرق من أجل القضاء على الخلافة العباسية، وفى سبيل تحقيق ذلك فإنهم حاولوا فتح مصر، وتحقق لهم ذلك عام ٣٥٨هـ - ٩٦٩م، واتخذوها عاصمة لخلافتهم، ثم استطاعوا بعد ذلك فتح الحجاز واليمن والشام وإخضاعها لحكم الخلافة الفاطمية. واستمرت خلافتهم فى مصر نحو قرنين من الزمان، إذ أنها امتدت حتى عام ٥٧٦هـ- ١١٧١م. دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١٠٩ .

كرؤساء للدين أكثر منه كملوك. وكانت كل السلطات تتجمع فى يد الخليفة الفاطمى، فهو يقوم بدور هام فى كل الأمور ويبدى رأيه فى كل المسائل، ويهيمن بنفوذه على كل دقائق الأمور التي تتعلق بالسياسة، ويستقبل رسل الملوك، ويدير دفة الأمور الحربية. كذلك كان موظفو الدولة مسئولين أمامه(١).

وكان انتقال الخلافة من خليفة إلى آخر يتم عن طريق اختيار الخليفة لمن يخلفه من أبنائه بعد وفاته(٢). أما فى فترات ضعف الدولة الفاطمية فقد أصبح القواد وكبار رجال الدولة، هم الذين يختارون الخليفة من بين أبناء الخليفة المتوفى دون التقيد بأن يكون أكبر أبناءه، ودون التقيد بإختيار أبيه له لتولى الخلافة من بعده(٣). وفى الواقع فإن الوزير والقواد وكبار رجال الدولة، كانوا يختارون لمنصب الخلافة الأضعف، حتي يكون تحت سيطرتهم، وهذا ما أدى إلي ضعف الدولة الفاطمية وزوالها فى النهاية(٤).

---

(١) دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم الفاطميين ورسومهم في مصر، الجزء الأول، ص ٧٢.

(٢) يعد هذا المسلك تطبيقاً للقاعدة الأساسية فى المذهب الشيعى الإسماعيلى والتي تقرر أن الإمام يرث أباه عن طريقه التعيين بالنص، وأنه لابد أن يعين الخليفة أو الإمام ولى عهده قبل وفاته، حتى لا يخلو العالم من إمام. وقد كانت هذه القاعدة محل تطبيق واحترام فى فترة قوة الدولة الفاطمية، إذ كان الخليفة إذا أحس بدنو أجله، عهد بالخلافة إلى أحد أبنائه والذى كانت تتجدد بيعته بعد وفاة أبيه. دكتور/ حسن إبراهيم حسن، دكتور/ على إبراهيم حسن: النظم الإسلامية، ص ٩١.

(٣) قام بدر الجمالى وإبنه الأفضل باختيار المستعلى وتفضيله على أخيه نزار، وقد كان الخليفة المستنصر قد عهد إلى نزار بالخلافه من بعده بإعتباره أكبر أبناؤه.

(٤) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١١١

وكان الخليفة يختار وزير لمساعدته فى أعباء الحكم، من الأشخاص الأكفاء المؤهلين لذلك، سواء كان من المسلمين أو أهل الذمة، وذلك إذا كانت الوزارة وزارة تنفيذ، أما وزارة التفويض فكان لابد أن يكون وزيرها من المسلمين، لأنه لم يكن من الجائز اختيار وزير التفويض من أهل الذمة، لأنه كان على وزير التفويض - فى بعض المناسبات - اعتلاء المنبر مع الخليفة، وأن ينظر فى سائر المناصب الدينية[1]. ولم تعرف الدولة الفاطمية تعدد الوزراء فكان الوزير واحد دائماً، وكان الوزير يعين لمدة غير محددة، وكان بقاؤه فى منصبه مرهوناً برضاء الخليفة. وكان وزير التنفيذ يخضع خضوعاً تاماً للخليفة الذى كان باستطاعته أن يعزله فى أى وقت يشاء، بل كان باستطاعته أن يوقع به مايريد من عقاب. أما في نهاية عصر الدولة الفاطمية فى مصر، عندما أصبحت الوزارة وزارة تفويض، فإن الخليفة لم يكن يملك عزل الوزير، بل أصبح الوزير يسيطر على الخليفة سيطرة تكاد تكون تامة

---

(١) حدثت مرة واحدة أن تولى وزارة التفويض نصرانياً وذلك حينما اعتلى بهرام الأرمنى وزارة الحافظ، ولقد أثار فقهاء ذلك الوقت معارضة شديدة فى توليته. دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم الفاطميين ورسومهم فى مصر، الجزء الأول، ص ٨٥.

والحقيقة أن الفاطميين اعتمدوا على أهل المغرب وأهل الذمة فى إدارة شئون مصر، أما المسلمون أهل السنة فقد كانو محل اضطهاد وأبعدوا عن كثير من الوظائف وقد وصل بعض الأميين إلى أعلى المناصب، من أشهرهم «يعقوب بن كلس» فقد قلده الخليفة المعز خراج مصر بالاشتراك مع اليهودى «عسلوج بن الحسن» ثم عين يعقوب - بعد أن أعلن إسلامه - وزيراً فى عهد الخليفة العزيز، بالإضافة إلي بهرام الأرمنى. ولذلك يقال بأن العصر الفاطمى هو العصر الذهبى لأهل الذمة. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص ١٠١

بل وصل الأمر بهم إلى حد تعيين الخلفاء أو عزلهم[(١)].

والوزير سواء كان وزير تنفيذ أم وزير تفويض، هو رئيس الجهاز الإدارى فى الدولة، وهو فى الغالب الشخصية التالية من حيث المكانة للخليفة . وبصفته الرئيس الإدارى كانت له سلطة الإشراف على الإدارات المختلفة، كما كان له سلطة تعيين الموظفين التابعين له وعزلهم. أما وزير التفويض فكانت له إلى جانب ذلك سلطات أخرى، فقد كان له- خلافاً لوزير التنفيذ - مباشرة الحكم والنظر فى المظالم وتعيين حكام الأقاليم والإنفراد بتسيير الجيوش وتدبير الحروب، والتصرف فى أموال بيت المال بقبض ما يستحق له ودفع ما يجب فيه[(٢)].

رابعاً: نظام الحكم فى مصر أثناء الدولة الأيوبية:

قامت الدولة الأيوبية فى مصر (الفترة من عام ١١٧١ - ١٢٥٠م)على يد صلاح الدين، حيث انتهز فرصة وجود الخليفة العاضد - آخر الخلفاء الفاطميين- على فراش الموت- وكان قد استوزره - فجعل الخطبة للخليفة العباسى، وبذلك عادت مصر إلى ظل الخلافة العباسية من حيث التبعية الدينية فقط، وظلت مستقلة عنها من الناحية الزمنية[(٣)].

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١١٣ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٦١ .

(٣) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات في نظرية العقد فى القانون الرومانى»، ص ٣٦٧ .

وبذلك أصبح يحكم مصر سلاطين مستقلون يعترفون للخليفة بزعامته الدينية فقط، ويجمعون فى أيديهم كافة السلطات المدنية: التنفيذية والتشريعية والقضائية والعسكرية.

وقد استحدث السلطان الأيوبى وظيفة جديدة هى نائب السلطان، وذلك لكثرة تغيبه عن الديار المصرية بسبب مباشرته للحروب الصليبية وغيرها، وكان النائب يلى السلطان مباشرة فى المرتبة، وينوب عنه أثناء غيابه، وبالتالى كان يمارس كافة اختصاصات السلطان فى فترة غيابة بحكم أنه نائب عنه[١].

كذلك أتخذ السلاطين فى الدولة الأيوبية لأنفسهم وزراء يرجعون إليهم فى كثير من الأمور، وكانت الوزارة طوال عصر الدولة الأيوبية وزارة تنفيذ(٢)، ومن ثم كانت سلطات الوزير محدودة وتقتصر على أنه رئيس الجهاز الإدارى فى الدولة، وكان خاضعاً تماماً للسطان الذى يستطيع عزله فى أى وقت يشاء.

خامساً: نظام الحكم في مصر أثناء دولة المماليك:

أكثر السلاطين الأيوبيين من اتخاذ المماليك الأتراك أنصاراً لهم، وولوهم شئون الحكومة، حتى قويت شوكتهم فأستولوا بالتدريج على السلطة وقضوا على الدولة الأيوبية واستطاعوا أن يؤسسوا دولة المماليك

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١١٣

(٢) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى» ، ص٣٦٨

(الفترة من ٦٤٨ - ٩٢٢هـ ١٢٥٠ - ١٥١٧م)[١].

وقد ظلت مصر فى عهد دولة المماليك تابعة للخلافة العباسية من الناحية الدينية، ومستقلة عنها من الناحية الزمنية، كما كان الشأن فى عهد الدولة الأيوبية. حتى سقطت الخلافة العباسية فى بغداد علي يد التتار الذين استولوا على بغداد وقضوا على الخلافة بها، فانتقلت الخلافة العباسية من بغداد إلى القاهرة، وذلك عندما قام السلطان المملوكى الظاهر بيبرس بدعوة أحد أبناء الخليفة العباسى إلى القاهرة وبايعه بالخلافة عام ٦٥٩هـ - ١٢٦١م. وبذلك أصبحت القاهرة مقراً للخلافة العباسية، وفى نفس الوقت عاصمة دولة المماليك. ولم يترتب على هذا الانتقال للخلافة من بغداد إلى القاهرة أى تغيير فى علاقة مصر بالخليفة، إذ ظلت مصر تابعة للخليفة من الناحية الدينية ومستقلة عنه من الناحية الزمنية، حيث ظلت السلطات الزمنية فى يد السلطان المملوكى[٢].

---

(١) استمرت دولة المماليك فى الحكم لأكثر من ثلاثة قرون. وقد تولى الحكم فى البداية المماليك البحرية (فى الفترة من ٦٤٨ - ٧٨٤هـ ١٢٥٠ - ١٣٨٢م)، وقد أتصف هؤلاء المماليك بالبحرية نظراً لأن الملك الصالح نجم الدين أيوب كان قد أنزلهم فى قلعة الروضة التى تقع علي جزيرة فى قلب النيل بالقاهرة. ثم تولي الحكم بعد ذلك المماليك البرجية (في الفترة من ٧٨٤ - ٩٢٢هـ ١٣٨٢ - ١٥١٧م)، وهؤلاء المماليك كانوا من الشراكسة، وقد اتصف هؤلاء المماليك بالبرجية نظراً لأنهم كانوا يقومون في عهد الدولة الأيوبية بحماية القلاع والحصون والتى كانوا يسكنون فى أبراجها.

(٢) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١١٥ .

وكان حاكم مصر في عصر المماليك يطلق عليه لقب السلطان، وكان يجمع كافة السلطات الزمنيـة: التشريعية والتنفيذية والقضائية والعسكرية، وكان يتـولي السلطة فى الغـالـب نتيجـة لاختـيار الأمـراء له، وليس نتيـجة للوراثة[١]. فقد قام نظام الحكم في دولة المماليك على دعامتين أساسيتين: قوة السلطان الذاتية المتمثلة فى مماليكه وجنوده وقوتهم العسكرية التى تمكنه من التـغلب على منافسيـه للوصـول إلى السلطنة إذ لم يـكن لديهم نظام توارث السلطة ولا بـيعـة - ولـو شكليـة - من جـانب الشـعب، وتتـمـثل الدعامة الثانية فى مبايعـة الخليفة العباسى للسطان وتأييد العلماء[٢]. ومـن الجـدير بالملاحـظة فى هذا الصـدد، إتجـاه السـلاطين فـى مـصـر إلى عـدم الاستقلال تماماً بالرأى في تصريف أمو البلاد، فقد إتجه السلاطين إلى جمع مجلس من كـبار الأمراء المـماليك أطلقوا عليهم «الأمـراء أرباب المشورة» وأطلقوا عـلى المجلس إسم «مجلس السلطنة» أو «مـجلس المشورة». كـما كان الـسلاطين يلجـأون إلى كبـار علماء الدين والقـضاة طالبين المـشورة، وخاصـة فى أمور الدين أو عندما تتـأزم الأوضاع الداخلية بمصر ويزمـعون الإقدام على قرارات قد تثير سخط الجماهير[٣].

---

(١) دكتـور/ عبد المنعم ماجد: دولة سلاطين المـماليك ورسومـهم فى مصر «دراسـة شاملة للنظم السياسية»، طبعة ١٩٦٤، الناشر مكتبة الأنجلو المصرية، ص٢٧ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون في مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٠٣ .

ولذلك وصف نظام الحكم المملوكى بـأنه حكم أقلية عـسكرية تدعمـها شـرعية شكـلية مستمدة من مبايعة الخليفة وتأييد العلماء .

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القـانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى» ، ص٢٦٢

كـذلك أبقى سـلاطين المـاليك على وظيـفة نائـب السلطان، والتى ظهرت فـى العصر الأيـوبى، وذلك لكثرة تغيبـه عن مصر. وكـان من هذا النائب يقـوم مقـام السلطان أثناء غـيابه، كـما كـان يشتـرك معـه فى توزيع الإقطاعات وترشيح الأشخاص الأكفاء لشغل المناصب فى الدولة[١].

كما أبقى سلاطين المماليك كذلك على منصب الوزير، كما لم يتعدد الوزراء فكان الوزير واحـد دائماً. وكانـت الوزارة فى عهد المـاليك وزارة تنفـيذ. وكان الـوزراء يشتـرط فيهم الاسـلام، وإذا إختـاروا قبطيـاً للوزارة إشترطوا عليه اعتناق الإسلام[٢]. وقد كان البعض منهم يعلن اعتناقه الدين الاسلامى فى الظاهر فقط مع بقائه محتفظاً بدينه الأصلى سراً.

---

(١) دكتـور/ محـمد جـمال عـطية عـيسى: تاريخ القـانون المصرى بعـد الفتح الإسـلامى، ص١١٦.

وأنظر فى تفصيـلات ذلك الموضوع : دكتور/ مـحمد عبد الغنى الأشـقر: نائب السلطنة المملوكية فى مصر، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، سلسلة تاريخ المصريين (١٥٨).

(٢) مثل بهاء الدين بن حنا، وعبد الوهاب بن القسيس، وعلم الدين يحى المعروف بأبوكم.

الفصل الثانى
التنظيم الإدارى فى مصر الإسلامية

ظلت الخطوط الرئيسية التى كانت مطبقة من الناحية الإدارية في مصر الرومانية كما هى بعد الفتح العربى الإسلامى، بيد أنه قد أدخلت علي هذه النظم بعض التعديلات التى تقضيها الظروف الجديدة والديانة الجديدة التى قدمت مع العرب. وسوف نتعرض لتلك التغييرات سواء فى الإدارة المركزية أو الإدارة المحلية.

المبحث الأول
الإدارة المركزية فى مصر الإسلامية

عندما فتح العرب مصر وجدوا بها نظاماً إدارياً توراثته عبر مراحل تاريخها الطويل، فكان من الطبيعى - بل من الضرورى - الإبقاء عليه، ولذلك لم يدخل العرب على هذا النظام تعديلات جوهرية. فاحتفظوا لمصر بنظامها الإدارى، وأبقوا المصريين فى وظائفهم، فيما عدا بعض المناصب الرئيسية التى قصرت على العرب، وهى المناصب السياسية والإدارية العليا، وهى فى الغالب نفس المناصب التى كان يشغلها - أثناء العصر البيزنطى - موظفون من غير المصريين[(١)].

---

(١) كانت أهم المناصب التى شغلها العرب وظيفة الوالى وصاحب الخراج والقاضى وصاحب الشرطة

وقد نظم عمر بن الخطاب إدارة مصر على نهج نظام الديوان الذى كان معروفاً لدى الفرس ولدى الرومان، ومن هنا ظهرت الدواوين الإسلامية، وقد ظلت اللغة الإغريقية هى لغة الإدارة فى مصر - كما كانت فى أواخر العصر البيزنطى - إلى أن أصدر الخليفة الأموى عبد الملك بن مروان أمره بتعريب الدواوين عام ٧٠٦م[١].

وكان الوالى هو الرئيس الإدارى الأعلى للبلاد، وكان له بصفته تلك سلطة تعيين الموظفين الذين يعاونونه فى إدارة شئون البلاد، كما كان له أيضاً سلطة تأديبهم وعزلهم إذا لزم الأمر[٢].

وبجوار الوالى كان هناك «صاحب الشرطة» وهو المسئول عن الشرطة والأمن داخل البلاد. ويقوم صاحب الشرطة بتنفيذ الأحكام القضائية ويتولى الإشراف على إقامة الحدود، كما ينوب عن الوالى فى العاصمة متى غاب عنها، ويؤم المسلمين فى الصلاة فى حالة عدم حضور الوالى[٣].

وقد عرفت مصر الإسلامية وظيفة «صاحب المظالم»، وهو عامل يتبع الوالى، وكان يختص بالنظر فى الشكاوى التى يرفعها إليه الأهالى تظلماً

---

(١) كان أمر الخليفة الأموى عبد الملك بن مروان بتعريب الدواوين بمثابة الدافع الذى حمل المصريين على تعلم اللغة العربية لكى يحتفظ الموظفون منهم بوظائفهم، ولكى يتمكن الراغبون منهم فى تولي الوظائف من تحقيق رغباتهم. دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص٤٦٣ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٣٢.

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٢٧٠ .

من عمال الحكومة وغيرهم. وكان لصاحب المظالم أن يفصل فى هذه الشكاوى بنفسه أو يحيلها إلى القضاة(١).

ومن أهم الوظائف التى عرفت فى مصر الإسلامية وظيفة «صاحب الخراج»، وتنحصر مهمته في جباية الخراج. وقد جرت عادة الخلفاء على تعيين أهل الثقة في هذه الوظيفة.

وكان اختيار الموظفين يتم بناء على الكفاءة، وتلك الكفاءة كانت مرتبطة بمعرفة الكتابة، ولهذا كانت الوظائف محصورة فى طبقة «الكتاب»، بغض النظر عن ديانتهم، فلم يكن الإسلام شرطاً لتولى الوظائف العامة في مصر الإسلامية، بل إن الوثائق تكشف عن أن أهل الذمة كانوا يشكلون غالبية موظفى مصر(٢).

وفى العصر العباسى شاعت تولية الوظائف الهامة في مصر لغير المصريين، ولعل السبب فى ذلك طغيان العناصر غير العربية بشكل عام على الهيكل الإدارى للدولة العباسية، وضعف ثقة السلطة المركزية فى المصريين وتخوفهم من أن يؤدى شغلهم للوظائف الهامة إلى محاولتهم الاستقلال. وعندما استقل أحمد بن طولون بحكم مصر اتجه إلى الإستعانة بالمصريين فى شغل الوظائف، لاسيما فى الشئون المالية حتى أصبحت الإدارة المالية بكاملها تحت أيديهم(٣).

---

(١) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٨٨ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص٤١٥ .

(٣) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص٤٦٣ .

وقد احتفظ النظام الإدارى فى العصر الفاطمى بخصائصه الأساسية التى كانت له فى العصور السابقة. غير أن صيرورة مصر في هذا العصر قاعدة لدولة مستقلة مترامية الأطراف قد اقتضت بلاشك تطويراً لهذا النظام من بعض الوجوه. فقد شاعت ظاهرة جديدة تتمثل فى تعيين الموظفين المغاربة بجوار الموظفين المصريين، حتى انتهى الأمر باستئثار المغاربة تدريجياً بالوظائف الهامة فى الدولة، واشترطوا فيمن بقى بجوارهم من موظفين مصريين السير وفقاً لأحكام المذهب الشيعى الذى يتبعه الفاطميون. كما تميز هذا العصر بتضخم عدد الموظفين واكتظاظ الدواوين بهم، كما ظهرت وظائف جديدة لم تكن معروفة من قبل مثل وظيفة «داعى الدعاة» والذي كان يقوم بنشر المذهب الشيعى فى مصر[١].

وعندما تولى الأيوبيون حكم مصر، وعادت مصر تخضع من الناحية الدينية للدولة العباسية، ظهر الاتجاه نحو الاستعانة بالأتراك والمماليك فى تولى الوظائف العامة. ونظراً لكون الأيوبيين من غير العرب ونظراً لإنتشار الأتراك فى مصر، فقد ظهرت مناصب جديدة تحمل أسماء تركية(٢). وكذلك ظهرت وظيفة نائب السلطان، وهى وظيفة لم تكن معروفة في مصر من قبل. وقد تميزت الدولة الأيوبية بالابتعاد عن البيروقراطية المعقدة

---

(١) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون «تكوين الشرائع وتاريخ القانون المصرى»، ص٣٥٣ .

(٢) مثل وظيفة «الأستادار» ومهمته إدارة قصور السلطان، ووظيفة «الدوادار» ويقوم بحمل الرسائل إلى السلطان ويحمل إليه الأوامر والمنشورات لتوقيعها، ووظيفة «الأمير جاندار» وهو من يقف على باب قاعة السلطان ليدخل عليه كبار رجال السلطنة.

وتكديس الموظفين فى الدواوين[١].

أما فى العصر المملوكى فنجد إتجاهاً من الحكام نحو ضبط إدارة الدولة بواسطة موظفين محل ثقة ، وقد ظل الإتجاه نحو الاستعانة بالأتراك والمماليك فى تولى الوظائف العامة، وقد إستمرت كذلك الوظائف التى ظهرت إبان العصر الأيوبى، ولكن لوحظ إتجاه نحو اضعاف الوزراء وكبار الموظفين وحتى نائب السلطان ألغيت وظيفته فى النهاية. وقد أدى عدم الاستقرار السياسى واللجوء إلى السلاح بصدد تولية كل سلطان مملوكى، إلي فساد الذمم وإنهيار الإدارة المصرية، الأمر الذى عجل بسقوط دولة المماليك[٢].

وفى العصر العثمانى ظهرت وظيفة الوالى مرة أخرى على رأس الجهاز الإدارى في مصر، وكان يعاونه فى إدارة البلاد مجلساً يصطبغ بالطابع العسكرى، يتكون من قادة القوات العثمانية الموجودة فى مصر. وكان قادة الجيش مكلفين بحفظ النظام بالبلاد والإشراف على جباية الخراج. وقد ترك السلطان العثمانى الوظائف الكبرى في مصر فى يد المماليك الذين أطلق عليهم «البكوات»، وقد وصل الأمر فى النهاية إلى سيطرة البكوات المماليك على الوالى التركى الضعيف، فكان لهم طلب عزلة من السلطان، وهكذا أصبحت السلطة الحقيقية فى يد المماليك ولم يتركوا للسلطان العثمانى سوى السلطة الإسمية، إذ تسك النقود فى مصر باسمه وينادى اسمه في خطبة الجمعة وترسل إليه الجزية[٣].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٢٧٢ .

(٢) دكتو/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى ، ص٤١٦ .

(٣) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون ، ص٣٥٤ .

المبحث الثانى

الإدارة المحلية فى مصر الإسلامية

لم يدخل العرب تغييراً يذكر على نظام الإدارة المحلية الذى كان سائداً فى مصر خلال العصر السابق على الفتح الإسلامى. فقد ظلت مصر مقسمة إلى قسمين كبيرين: الصعيد وأسفل الأرض، ويقابلان الوجه القبلى والوجه البحرى. وتصادف في بعض الأحيان تعيين موظف يسمى «العامل» حاكماً لأحد هذين القسمين، وذلك التعيين يقوم به الوالى، ولذلك فقد كان العامل يتبع الوالى مباشرة. وكذلك تم تقسيم البلاد إلى وحدات إدارية أصغر ويطلق عليها لفظ «كورة»[١] وهو يقابل التقسيم الحالى إلي مراكز، وكانت كل كورة تضم عدداً من القرى. وقد كان الوالى يقوم بتعيين موظف على رأس كل كورة، يكون مسئولاً أمام الوالى مباشرة، وكان يطلق عليه «صاحب الكورة»، كما كان يتم تعيين مساعد لصاحب الكورة يتولي الشئون المالية فقط أطلق عليه الجستال[٢]، ويعنى الكاتب أو المسجل. أما القرية فكان يحكمها موظف أطلق عليه «المازوت»[٣]، أى

---

(١) وهى تعريب للفظ اليونانى «Chora».

(٢) وهو تعريب للفظ اليونانى «أوجستاليوس».

(٣) وهو تعريب للفظ اليونانى «ميزوتروس».

شيخ القرية أو رئيسها(١).

وقد ظل هذا التقسيم الإدارى معمولاً به حتى العصر الفاطمى، حيث أدخلت عليه بعض التعديلات. فاختفت الكورة بوصفها أساس التقسيم الإدارى، وأصبحت الإدارة المحلية تقوم على أساس تقسيم القطر المصرى إلى «أعمال» ومفردها عمل - وهو ما يقابل المحافظة في الوقت الحاضر - وكل عمل يشتمل على عدد من النواحى أى المراكز، وكل مركز يضم عدداً من الكفور أى القرى. وفضلاً عن ذلك كان هناك تقسيم إدارى للقطر أكثر شمولاً من الأعمال، وهو تقسيمه إلى عدد من الولايات، يضم كل منها عدد من الأعمال. وكان الخليفة الفاطمى فى بادئ الأمر هو الذى يتولي تعيين حكام الولايات بنفسه، ولكن عندما ضعفت سلطته استقل وزراء التفويض بتعيينهم. وكان الوالى يعتبر ممثلاً للسلطة المركزية في ولايته، وإلى جانب الوالى كان هناك قضاة ومحتسبون يقومون بعملهم القضائى نيابة عن رؤسائهم فى القاهرة(٢).

وفي العصر المملوكى بقى التقسيم الفاطمى مع تعديل طفيف، فقد زاد عدد الولايات وقل عدد الأعمال، وأصبح هناك مشرف لولايات الوجه البحرى وآخر لولايات الوجه القبلى ويطلق على كل منها لقب «النائب». ووظيفة الوالى لا يتولاها إلا المماليك، ويتم تعيينهم بمرسوم صادر من السلطان، ويتعلق اختصاصهم أساساً بأعمال الشرطة وحفظ الأمن والنظام داخل الولاية، وكان السلطان يقوم بتعيين قضاة من المذاهب المختلفة في

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص٤١٧ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتى. تاريخ القانون المصرى، ص٤٦٨ .

كل من تلك الولايات، ومحتسبين، وموظف يسمى «الناظر» ليتولى الإشراف على الشئون المالية، وموظف يسمى «الكاشف»[1] ليتولى الإشراف على الترع والجسور، وناظر للبريد وآخر لضرب العملة وعدد من الخفراء[2].

وفى العصر العثمانى قسمت البلاد إدارياً إلى ١٣ ولاية، وأضافوا إليها ستة محافظات. والولايات حلت محل الأعمال التى أقامها العرب، وكان من تلك الولايات سبعة بالوجه البحرى وستة بالوجه القبلى، وحكام الولايات كانوا من المماليك «الكشاف»، ويقع على عاتق الكشاف العناية بالرى وجباية الضرائب وإقرار الأمن والنظام داخل إقليمه[3]. أما المحافظات فكانت فى الإسكندرية ورشيد ودمياط والعريش والسويس والقصير، والمحافظات كان على رأس كل منها محافظ، إلا أن موانئ الإسكندرية ودمياط والسيوس كانت تتبع الخلافة العثمانية مباشرة، وينوب عن الخلافة فيها ثلاثة من أمراء البحر يطلق على كل منهم «قبطان باشا»[4].

---

(١) «الكاشف» هو المملوك الذى يظهر براعة أو مهارة فيعتقه سيده ويمنحه هذا اللقب.

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص٤١٨ .

(٣) تكشف الوثائق عن أن الكشاف الذى يخون الأمانة أو يهمل فى عمله ويؤدى بذلك إلى جفاف الأوض الزراعية وهجرة أهلها، كان يعرض لمصادرة أمواله وتنفذ فيه عقوبه الإعدام علناً فى وسط إقليمه.

(٤) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٢٧٦ .

الفصل الثالث

النظام المالى فى مصر الإسلامية

وضع الخليفة عمر بن الخطاب الأسس العامة للنظام المالى فى الدولة الإسلامية، وقد ظلت تلك الأسس عماد النظام المالى فى الدولة الإسلامية فى مختلف عصورها، سواء وقت وحدتها أم فى عصور تفككها. فعندما اتسعت الدولة الإسلامية وتعددت مصالحها، ذهب الخليفة عمر بن الخطاب إلى إنشاء «بيت المال»[(١)]، وهادفاً بذلك إلى موازنة إيرادات الدولة الإسلامية ومصروفاتها، والحفاظ على أموال المسلمين[(٢)].

ومن المسلم به أن الإسلام دين ودولة، ولما كانت الدولة لا تستطيع أداء واجبات وظيفتها إلا بتدبير موارد مالية لمواجهة نفقاتها، فمن هنا كانت مشروعية فرض الضرائب. وشرعية الضرائب ترجع إلى أدلة شرعية متنوعة، فبعضها يرجع إلى ما ورد فى الكتاب والسنة من نصوص قطعية، وبعضها الآخر يرجع إلى الاجتهاد المبنى على تفسير النصوص بما يحقق الصالح العام، وبعضها يرجع إلي ما فرضه ولى الأمر بمقتضى سلطته

---

(١) «بيت المال» هو بمثابة الخزانة العامة للدولة، ويقوم رئيس بيت المال بعمل وزير الخزانة أو وزير المالية فى الوقت الحالى.

(٢) دكتور. فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى. ص٣٢١

التشـريعية فى الأمور التى لم يرد فـيها نصـوص، وهذا النوع تضمن بعض الضرائب التـى استعـار المسلمون نظامـها مما عاصـرهم من نظم فارسـية أو رومانية تتفق مع روح الإسلام[١].

وقد تميـز نظام الضرائب بصـفة عامـة فى الدولة الإسلامـية ببسـاطته وعدالتـه ومرونتـه، وذلك بالمقارنة بما كـان سائداً من نظم مالـية لدى الروم والفـرس وبما ظهر من نظم في أوربا فـى العصـور الوسطى، وهو يحتـوى على عناصـر قابلة للنمـو وصالحـة لحكم المجتـمعـات المعاصـرة. فالمجـمع الإسلامى يتميز بأنه يقـوم على التكافل الإجتماعى، ولذلك التزمت الدولة فى فرض الضرائب وطريقة إنفاقها مراعاة العـدالة الإجتماعية (فخصصت نصـوص قطعيـة بعض الموارد المالية للفـقراء والضـعفـاء). وبالرغـم من أن الدولة الإسـلامـية تقـوم على رابطةالدين - الإسـلام - إلا أن المسـاواة بين المواطنين - بصرف النظـر عن دينهم - أصل من أصول الإسلام، ويعـبرون عنه بكـلمـة «العـدل»، ولـذلك سـاوى بين المواطنـين - مـسلمين وغـيـر مسلمين- فى تحمل الأعباء المالية، ومـا اختص به غير المسلمين من ضرائب لا تزيد مـؤنتـه عـمـا اخـتص به المسلمين. وكـذلك وضع الإسـلام آداب وضـوابط لجبـاية الضـرائب بما يحول دون الاسـتـغلال والعـسف والظلم، فـأنشئ ديوان الزمـام لمراقبـة الإيرادات والنفـقـات، ونيط بـديوان المظالم الانتصـار للناس من ظلم وتعسف جـباة الضرائـب، وإن كان ذلك لم يمنع حدوث بعض التجاوزات من بعض الولاة والجباة فى بعض العصور[٢].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٠٨ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٠٨ .

المبحث الأول

أنواع الضرائب(١)

أولاً : الجزية :

كانت الجزية من أهم الضرائب في مصر، حيث كونت الجزء الأكبر

---

(١) تعددت التقسيمات الفقهية لموارد بيت المال تبعاً للمعيار الذى اعتمد عليه، وقد سار أغلب الفقهاء على تقسيم هذه الموارد اعتماداً على المنهج الذى وضعه الخليفة عمر بن الخطاب من قواعد وضوابط للجباية ومصاريف بيت المال. وهذا التقسيم هوَ : الفئ ويشمل الجزية والخراج والعشور التى تجبى من أموال وتجارة أهل الحرب وأهل الذمة، والصدقات تشمل عشر الزروع والثمار فى الأراضى المملوكة للمسلمين وما يؤخذ منهم من ربع عشر الأموال والتجارة، أما الخمس فهو خمس الغنائم. والفارق الأساسى بين أموال الفئ وأموال الصدقات يظهر فى مصارفها، فالأولى تصرف فى المصالح العامة أما الثانية فمصارفها واردة على سبيل الحصر، وكذلك الحال بالنسبة لأموال الخمس فإن مصارفها محددة على سبيل الحصر.

ويلاحظ أن خمس الغنائم ليست ضريبة ، بل هى مورد غير دورى لبيت المال. ويعرف الفقاء الغنيمة بأنها هى ما أصابه المسلمون من عساكر أهل الشرك بعد هزيمتهم في حرب إسلامية، وتسمى أيضاً الأنفال. وتشمل أربعة أنواع: الأسرى والسبايا والأرض والأموال المنقولة. وكانت القاعدة السائدة فى العالم القديم أن البلد المهزوم فى حرب يصير أهله - رجالاً ونساءً وأطفالاً - وأموالهم. أراضى ومنقولات، غنيمة للمنتصرين، ومن ثم يجوز إسترقاقهم. وأراد المسلمون تطبيق هذا المبدأ عندما فتحوا البلاد ، ولكن =

من موارد بيت المال وقد خضع لها أهل الذمة[١]. و يعرفها الفقهاء عدة تعاريف تدور كلها حول معنى واحد هو: «المال الذي يؤخذ من أهل الذمة لأمنة واستقراره تحت حكم الإسلام فى دار الإسلام»[٢].

= الخليفة عمر - بعد تشاوره مع الصحابة - انتهوا إلى عدة مبادئ استمدها من روح الإسلام وهى تقضى بالآتى: ١- عدم جواز استرقاق الأحرارمن أهل البلاد المفتوحة، وترك لهم الخيار بين الإسلام أو دفع الجزية، وينطبق هذا المبدأ على الرجال والنساء والصبيان. ٢- عدم جواز استرقاق الأسرى، وهم الرجال المقاتلون الذين ظفر المسلمون بهم ورفضوا الدخول فى الإسلام، وعدم جواز استرقاق السبايا، وهم النساء والأطفال، ولكن يطبق فى شأنهم الخيار بين المن (إطلاق سراحهم بدون مقابل) أو الفداء (التبادل بالأسرى أو بالمال). ٣- تظل الأرض لأصحابها من أبناء البلاد المفتوحة ويفرض عليها خراج، ولا تقسم بين المحاربين. ٤- تكون الأموال المنقولة غنيمة للمقاتلين وهى تشمل: السلاح والمال والماشية والأسلاب (أى لباس القتيل وسلاحه وفرسه وما معه من مال)، وعلى ذلك يقتصر معنى الغنيمة على الأموال المنقولة، وهى تقسم حسب نص الآية الكريمة (سورة الأنفال:٤١) «واعلموا أنما غنمتم من شئ فإن لله خمسة وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل». وتطبيقاً لأحكام هذه الآية يصير خمس أموال الغنيمة لبيت المال، ويقسم أربعة أخماسها بين المقاتلين للراجل سهم وللفارس سهمان على اختلاف بين الفقهاء. ومصارف خمس الغنيمة حددتها الآية سالفة الذكر. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٢٤

(١) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٨٥

(٢) دكتور صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر ، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١١٠

وقد أطلق على متولى جباية الجزية تعبير «الحاشر».

وفرض الجزية على أهل الذمة الحكمة منه أنها تعد مقابل التزام الدولة بحماية أرواحهم وممتلكاتهم وحقن دمائهم، فضلاً عن أنها بديل لنصرة دار الإسلام، وذلك أنهم ليسوا ملتزمين بالدفاع عن دار الإسلام بدمائهم فلا أقل من النصرة بقدر من المال يصرف على الجيش(١). ولذلك فهى تجب فى دار الإسلام على أهل الذمة وهم: أهل الكتاب من اليهود والنصارى ومن جرى مجراهم من المجوس والصابئة، وعلى ذلك فهى لا تجب على أهل دار الحرب حتى ولو دخلوا دار الإسلام بأمان، أى لا تجب على المستأمنين، كما أنها تسقط عن أهل الذمة إذا أعلنوا إسلامهم(٢).

ومن الجدير بالذكر - فى هذا الصدد- أن الجزية ليست من مستحدثات الفتح العربى الإسلامى، حيث سبق للإغريق والرومان والفرس فرض مثل هذه الضريبة على الشعوب التي أخضعوها، وإن كانت الجزية أخف بكثير، بل وأكثر احتراماً لإنسانية من تطبق عليه(٣).

---

(١) ولذلك تسقط الجزية إذا عجزت الدولة الإسلامية عن الدفاع عن أهل الذمة، كما تسقط عمن اشترك برضاه - بموافقة ولى الأمر - فى الدفاع عن دار الإسلام. وتمشياً مع هذه المبادئ وما جرى عليه العمل فى صدر الإسلام، فإنه لا محل لإلزام أهل الذمة فى دار الإسلام فى العصور الحديثة فى البلاد الإسلامية التى تجعل التجنيد إجبارياً ومنها مصر. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١١٢ .

(٢) حاول بعض الولاة استبقاء الجزية على من أسلم من أهل الذمة ، حفاظاً على الموارد المالية للدولة أو تعللاً بأن إعلانهم للإسلام لم يكن عن عقيدة بل تهرباً من دفعها، ولكن الخلفاء منعوهم من ذلك. ومن أمثلة ذلك ما فعله الخليفة عمر بن عبد العزيز مع واليه على مصر حيان بن شريح، وتكرر الأمر برفع الجزية عمن يسلم من الخلفاء اللاحقين.

(٣) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص ٣٨٥ .

ويشترط لوجوب الجزية عند جمهور الفقهاء عدة شروط، وهي شروط يتعين تحققها عند فرضها كما يلزم استمرارها للإلتزام بأدائها حيث أنها شروط استدامة أيضاً، فإذا تخلف أحدها سقطت الجزية، وهذه الشروط هي:- أ- توافر أهلية القتال لدى الذمي، أي القدرة الجسمانية على القتال، لأن الجزية هي البديل عن حق دم الذمي فضلاً عن النصرة، وتطبيقاً لذلك لا تجب الجزية على النساء والصبيان والمجانين فهم ليسوا أهلاً للقتال ويلحق بهؤلاء ذوى العاهات، وهذا الشرط شرط استدامة، ومن ثم تسقط الجزية إذا طرأت بعض الأعذار المانعة من إيجاب الجزية كأن صار مقعداً أو شيخاً كبير السن أو ضريراً أو أصيب بآفة عقلية. ٢- الحرية، فلا تجب الجزية على الرقيق لأنه ليس من أهل تملك الأموال. ٣- القدرة المالية، حيث يشترط ألا يكون الذمي فقيراً[١].

---

(١) ثار الجدل بين الفقهاء حول وضع الرهبان. فالمالكية والحنابلة يعفون الرهبان من الجزية تأسيساً على أنهم ليسوا أهل قتال. وذهب إلى إعفائهم بعض الحنفية تأسيساً على أنهم فقراء يعيشون علي الصدقة من الناس. وقد أخذت كثير من معاهدات الصلح بين المسلمين وغير المسلمين بمبدأ إعفائهم، فنص في عهد الذمة على ذلك. وذهب الشافعية وبعض الحنفية إلى عدم إعفائهم من الجزية تأسيساً على قدرتهم على العمل، وذهب فريق ثالث إلي فرض الجزية عليهم إن كانوا أغنياء. وجري العمل في مصر على إعفاء الرهبان من الجزية حتى ولاية عبد العزيز بن مروان على مصر (٦٥ - ٨٦هـ) الذى أجرى إحصاء للرهبان فى كل أنحاء مصر وفرض ديناراً جزية على كل راهب، وكانت هذه أول جزية تؤخذ من الرهبان في العصر الإسلامى. وسبب ذلك أن الرهبان جمعوا ثروات طائلة منذ أيام البيزنطيين الذين شجعوا الرهبنة فأعفوا الرهبان والأديرة من الضرائب فضلاً عما أوقف عليها من أموال، ومن ناحية أخر يلجأ كثير من أهل الذمة إلى الأديرة هرباً من سداد الجزية وغيرها من الأعباء المالية فأصبحت الأديرة مأوى للهاربين مما أضرب =

ومقدار الجزية كان يرجع تقديره إلى الوالى، وكان يختلف من شخص إلى اخر حسب قدرته المالية. ومقدار الجزية يجب عن سنة واحدة، وبعض الفقهاء يوجب أخذها مرة واحدة فى نهاية السنة والبعض الآخر يجيز تقسيطها(١).

ثانياً: الخراج:

الخراج ضريبة مالية على الأراضى، وتسمى الأرض التي تفرض عليها بالأراضى الخراجية. فالخراج ضريبة فرضت أصلاً على الأرض

= بأموال الدولة بالزراعة بعد أن هجرها أهلها إلى الأديرة، وكان الهروب إلي الأديرة أحد مظاهر المقاومة السلبية للسياسة المالية التى اتبعها بعض الولاة مع أهل الذمة. واستمرت حركة الهروب إلي الأديرة في العهود التالية مما اضطر «أسامة بن زيد» والى مصر في عهد سليمان بن عبد الملك (٩٦ - ٩٩ هـ) إلى إصدار الأوامر للأديرة بعدم إيواء أحد من الأغراب عنها، وإجراء سجلات يقيد بها الأشخاص ومحل إقامتهم، وعلى كل واحد أن يحمل معه هذا السجل، وهو أمر شبيه ببطاقات الأسرة أو البطاقات الشخصية فى الوقت الحاضر. ولكن الحال تغير فى عهد عمر بن عبد العزيز إذ أعفى الرهبان من الجزية وعاد الحال إلي ماكان عليه. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١١٣ - ١١٤ .

(١) نصت معاهدة بابليون على أن الجزية تقسط على ثلاثة أقساط. وتذكر كتب التاريخ أنه فرض على أهل الجزية من الذميين ديناران عن الرجل فى عهد عمرو بن العاص وقت فتح مصر. وتذكر أوراق البردى العربية وكتاب قرة بن شريك والى مصر (٩٠ - ٩٦هـ) إلى صاحب كورة أشقوة بأن يكون عادلاً فى عمله وأن يرسل إليه كشوف بأسماء الرجال ومايدفعه كل منهم. ويبين فيها أن بعضهم كان يدفع ديناراً نصف، ومنهم من كان يدفع ديناراً، ومنهم من كان يدفع نصف دينار. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص ١١٥ .

مقابل تركها تحت يد أصحابها بعد أن فتحها المسلمون، وهو لا يسقط بدخول صاحب الأرض الإسلام، لأن الخراج لا يرتبط بالشخص وإنما يرتبط بالأرض. والقاعدة أن الخراج يستحق على الأرض التي فتحها المسلمون سواء بقتال أو بدون قتال[1]، أما الأراضى التى أسلم أهلها دون حرب أو

---

(١) هناك فرق بين الأراضى التي تفتح صلحاً والتى تفتح عنوة. أما الأرض التي تفتح صلحاً بدون قتال وبمقتضى عهد فيتفق أهلها مع الفاتحين على مقدار الجزية والخراج الذى يؤخذ منهم دون أ ن يمس الفاتحون الأرض أو يأخذوها عنوة وقهراً. أما الأرض التي تفتح عنوة فتكون فى حكم الغنيمة، وتقسم بين الفاتحين طبقاً للآية رقم ٤١ من سورة الأنفال «واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكن وابن السبيل». ويشير الفقهاء المسلمون بأن الخمس الذى لله عز وجل مردود من الله تعالى على الذين سمى الله (للرسول و لذى القربى واليتامى والمساكن وابن السبيل) ولا يوضع فى غيرهم ويوزع الرسول أو الإمام ذلك بين من يحضر من هؤلاء بعد أن يجتهد ويتحرى العدل، أما الأربعة أخماس فيقسمها الإمام بين المسلمين الغانمين الفاتحين. دكتوره/ سيدة إسماعيل كاشف. مصر فى عصر الولاة «من الفتح الإسلامى إلى قيام الدولة الطولونية»، ص ٤١ .

وقد واجهت المسلمين مشكلة مصير أراضى البلاد المفتوحة عنوة، هل تكون غنيمة للمسلمين وتطبق فى شأنها الأحكام التي وردت فى آية الغنيمة، أم تكون فيئاً وتطبق بالنسبة لها الأحكام الواردة فى آيات الفيء. وأصحاب الرأى الأول تمسكوا بأحكام آية الغنيمة، وقد نزلت في السنه الثانية للهجرة حينما غنم المسلمون أموال بنى قينقاع اليهود - ولم تكن لهم أراضى بل كلها أموال منقولة - بعد أن نقضوا عهدهم مع المسلمين فأجلاهم الرسول عن المدينة. وطبق هذا المبدأ على حصون خيبر التى استولى عليها المسلمون عنوة فى السنة الرابعة من الهجرة. أما أنصار الرأى الثانى وعلى رأسهم الخليفة عمر فذهبوا إلي عدم تقسيم الأراضى المفتوحة وتركها فى أيدى أهلها على أن يؤدوا عنها خراجاً لبيت مال المسملين ينفق فى المصالح العامة، واعتمدوا فى ذلك على تفسير آيات=

الأرض التي قسمها الخلفاء على المحاربين فكانت تدفع عشر محصولها، ولهذا السبب سمى هذا النوع الأخير بالأراضى العشرية أو العشورية[١].

وبذلك فإن الأراضى الخراجية تشمل: ١- الأراضى التي فتحت عنوة ووضع عليها الخراج، ٢- الأراضى التي تركت لأهلها صلحاً مقابل خراج يؤدونه، ٣- أرضى الموات التى أحياها ذمى، ٤- أراضى الغنيمة التى يحصل عليها الذمى إذا اشترك فى القتال مع المسلمين. أما الأرض الموات التي يحييها مسلم وكذلك التى يحصل عليها كجزء من الغنيمة فإنها تصير

= الفيء (سوة الحشر ٦:١٠) التي نزلت فى السنة الرابعة للهجرة فى شأن بنى النضير الذين غدروا بوعدهم مع المسملين وتحالفوا مع قريش وتنادوا بالحرب، وبعد حصارهم خمس عشرة ليلة طلبوا الصلح وتركوا أرضهم إلي الشام وغيرها. فقسم الرسول - صلى الله عليه وسلم - ما سوى الأرضين من أموالهم بين المهاجرين، وحبس الأرض على نفسه وعلى صالح المسلمين.

وقد استند الخليفة عمر ومن معه فى الرأى إلى تفسير آيات سورة الحشر سالفة الذكر التى عددت الذين يستفيدون من الفئ، ومنهم المهاجرون والأنصار والأجيال القادمة التى عبرت عنها الآية العاشرة بقولها «والذين جاءوا من بعدهم». وبعد مشاورات طويلة انتهى الرأى إلى قبول تفسير عمر بعدم قسمة الأراضى المفتوحة بل تظل فيئاً موقوفاً، أى ملكاً عاماً للأمة الإسلامية، و تظل فى أيدى أصحابها، ويفرض عليها خراج ينفق فى المصالح العامة للأمة. وقد طبق هذا الرأى بالنسبة لكل الأراضى التى فتحها المسلمون بعد أرض العراق ومنها مصر. دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثاني، العصر الإسلامى، ص١١٦ - ١١٧.

(١) دكتور/ فتحي المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «داسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى» ، ص ٣٢٤

أرضاً عشرية، ولذلك تصير الأرض العشرية أرضاً خراجية إذا تملكها ذمى على رأى فريق من الفقهاء(١).

والخراج قد يكون فى صورة عينية ويسمى «خراج المقاسمة»، ويقدره ولى الأمر تبعاً للظروف، ويكون بقدر من ناتج الأرض أى جزء من المحصول بشرط ألا يزيد بأى حال عن النصف. وقد يكون فى صورة نقدية ويسمى «خراج موظف»، حيث يقوم ولى الأمر بفرض مبلغاً من النقود حسب حالة الأرض وحالة الفيضان(٢).

ثالثاً: العشور «المكوس»:

هى ضريبة تفرض على الأموال المعدة للتجارة والمستوردة من خارج الدولة الإسلامية، فهى تقابل الرسوم الجمركية حالياً. ووعائها يشمل جميع عروض التجارة، وهي تفرض بمقدار العشر على قيمة هذه العروض بالنسبة للمستأمن، وتخفض إلى نصف العشر بالنسبة للذمى، وتخفض إلى ربع العشر بالنسبة للمسلم(٣). وهذه الضريبة لا تفرض علي أرباح التجارة، بل

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص ١١٧ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص ٣٢٤ .

(١) يرى بعض الباحثين أن سبب تضعيف هذه الضريبة على الذمى رغم أن الأصل العام هو المساواة وعصمة شخصه وماله. هو تقرير نوع من التوازن بين ما يدفعه المسلم والذمى. فالضريبة الخراجية يتساوى فى دفعها المسلم والذمى، والجزية يلتزم بها الذمى وحده لأنها بديل عن ضريبة الدم التي يلتزم بها المسلم وحده، والمسلم وحده يتحمل زكاة الزروع=

تفرض على مال التجارة ذاته، ومن ثم فهى ليست ضريبة أرباح بل هى ضريبة تجارة يفترض فيها أنها تربح[١]. وقد ابتكر الخليفة عمر بن الخطاب هذا النوع من المكوس[٢]، وقد أبطل الخليفة الأموى عمر بن عبد العزيز هذه المكوس، ولكن الخليفة العباسى أبو جعفر المنصور أعاده إلى التطبيق وأضاف إليه المكوس الداخلية. والمكوس الداخلية فرضت علي الصناعة والتجارة المحلية، كما فرضت على صور النشاط الاقتصادى المختلفة[٣]، وقد عرفت باسم الضرائب الهلالية تمييزاً لها عن الضرائب التي تجبى سنوياً كالخراج وغيره. وفى عهد المماليك كثر فرض ضرائب جديدة عرفت باسم «المظالم» وهى ضرائب غير عادية كانت تفرض فى أوقات الأزمات أو لمواجهة الحروب.

= والسوائم ومال تجارته داخل بلده، أما الذمى فلا يتحمل شيئاً من ذلك، فكان تضعيف ضريبة التجارة على الذمى هو نوع من تحقيق التوازن والمساواة فى الأعباء المالية.

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص ١٢٠ .

(٢) هذه الضريبة لم يرد بشأنها نص شرعى، بل تقررت بناء على اجتهاد الخليفة عمر والصحابة. وحكمة فرض هذه الضريبة أن التاجر فى إنتقاله بأمواله يستهدف الربح، وهو فى نفس الوقت يستفيد من مرافق الدولة من طرق وخلافه، ولذلك قيل بأن «الجباية بالحماية»

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوي: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص ٣٢٥ .

رابعاً: الزكاة:

يقصد بالزكاة تمليك جزء من المال عينه المشرع، إلى مستحق له، بشروط خاصة. وهذه الضريبة مفروضة على المسلمين وحدهم، ومن ثم لا يخضع لها غير المسلمين. والحكمة فى الزكاة ترجع إلى أن الله تعالى قد خص بعض الناس بالأموال دون البعض الآخر، نعمة منه عليهم، وجعل شكر ذلك منهم إخراج بعض المال يؤدونه إلى من لا مال له[١]. ولذلك فإن الزكاة مؤنة فيها معنى العبادة.

ووعاء هذه الضريبة يشمل: النقد وهو الذهب والفضة، السوائم وهى الماشية والإبل، وعروض التجارة، والزروع والثمار، والمعدن أو الركاز سواء وجد فى المناجم أو كان كنزاً مدفوناً[٢]. ويشترط لاستحقاقها أن يصل المال محل الضريبة حداً معيناً كما يشترط فيها الحول - أى مضى عام- والنماء. ومقدر الزكاة وحد النصاب يختلف باختلاف المال محل الضريبة[٣]. ومصارف الزكاة محددة بالنص لثمانية فئات «إنما الصدقات

---

(١) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص ٣٨٦ .

(٢) دكتور/ يوسف قاسم: خلاصة أحكام زكاة التجارة والصناعة فى الفقه الإسلامى، طبعة ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦ م، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٨ .

(٣) فنصاب الإبل خمس وفيها شاة، فإن بلغت عشراً ففيها شاتان. وأول نصاب البقر ثلاثون وفيها تبيع (عجل) أتم ستة أشهر، فإذا بلغت أربعين ففيها مسنة (أى بلغت سنة). وفى الغنم شاة واحدة عن أربعين إلى مائة وعشرين، فإن زادت عن ذلك حتى مائتين ففيها شاتان، فإن زادت عن ذلك حتى أربعمائة ففيها ثلاث شياة، فإن زادت عن ذلك تزيد الزكاة واحدة عن كل مائة. وزكاة النقد وعروض التجارة زكاتها ربع =

للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم»[١].

ومن الزهمية بمكان تحديد الأراضى العشر التى تخضع للزكاة فى مصر، تمييزاً لها عن الأراضى الخراجية التى تخضع لضريبة الزكاة[٢]. ويبين من أقوال الفقهاء أن أرض العشر فى مصر كانت قليلة وهى تشمل: ١-الأرض الموات التى أحياها المسلمون. ٢- الأرض التى كانت مملوكة للإمبراطور الرومانى ملكية خاصة وأسرته وكذلك الحكام وأسرهم والأرض التى هجرها أهلها عند الفتح الإسلامى، فهى تؤول إلى بيت مال

= العشر، والحد الأدنى للنصاب هو مائتا درهم. وزكاة الزروع والثمار هى العُشر فى الأراضى التى تسقى سيحاً أو بالمطر، أى بدون مؤنة، وهى نصف العشر فيما يسقى بمؤنة (دالية أو ساقية أو آلة) . دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٢٣ .

(١) سورة التوبة، آية رقم ٦٠ .

وبذلك تختلف مصارف الزكاة عن مصارف الفئ (الخراج والجزية والعشور) فى أن مصارف الفئ تشمل المصالح العامة للمجتمع، وتعيين هذه المصالح يكون بالاجتهاد.

(٢) حدد أبو يوسف أنواع الأرض فى الإسلام بقوله فى كتابه الخراج: «إن كل أرض أسلم أهلها عليها - سواء كانت من أرض العرب أو العجم - فهى لهم وهى أرض عشر: مثل المدينة حين أسلم عليها أهلها، وأيضاً اليمن. وكذلك أرض العرب من عبدة الأوثان الذين لا تقبل منهم جزية، وإن ظهر عليها الإمام. وإذا قسم الإمام أرض العجم التى فتحت عنوة بين الفاتحين فهى أرض عشر. فهذه ثلاثة. أما أرض الخراج فهى أرض العجم التى فتحت عنوة وتركها الإمام بين أيدى أهلها فلم يقسمها، وكذلك أرضهم التى صالحوا المسلمين على أن يؤدوا الخراج عنها ويصيروا ذمة. فالجموع إذن خمسة أنواع للأرض».

المسلمين وهى التى عرفت بأرض «الصوافى». وجرى العمل منذ العصر الأموى على تمليك بعضها فصارت أرضاً عشرية. ٣- بعض الأراضى الخراجية التى تحولت إلى أرض عشرية بمضى المدة بعد ضياع السجلات، مع ملاحظة أن اعتناق صاحب الأرض الخراجية للإسلام لا يحيل أرضه عشرية بل تظل على ما كانت عليه خراجية. والأرض العشرية - خلافاً للأرض الخراجية - تعتبر مملوكة رقبة ومنفعة لصاحبها(١).

المبحث الثانى

طرق جباية الضرائب

فى بداية العصر الإسلامى كانت الإدارة المركزية تقوم بتحديد المقدار الكلى المطلوب من الضرائب، كما تقوم الإدارة المركزية ببيان حصة كل «كورة» من الضريبة المطلوبة، وكل كورة كانت توزع العبء على الأقسام الداخلية. وكان هذا التقدير يتم على أساس إحصاءات تجرى للسكان والأرض فى فترات زمنية(٢). ويبدو أن جباية الضرائب فى ذلك الحين كان

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٢٤ .

(٢) تذكر الوثائق أنه جرى أول إحصاء على يد عمرو بن العاص بعد الفتح مباشرة، وعلى أساسه تم تقدير الجزية بواقع دينارين عن كل فرد، كما تم تقدير الخراج. وقام بالإحصاء الثانى عبد العزيز بن مروان والى مصر (٦٥ - ٨٦)، وكان الإحصاء الثالث فى ولاية قرة بن شريك والى مصر (٩٠-٩٦)، وتم إحصاء رابع للأرض والسكان فى عهد عبيد الله بن الحبحاب والى خراج مصر (١٠٥-١١٧)

يكلف بها كبار ملاك الأراضى الزراعية وأعيان البلاد، وهم يتعهدون لعامل الكورة بجمع الضرائب المطلوبة. وفى ذلك الحين كان لكل قرية فى مصر مجلس برئاسة الزعيم أى العمدة، وعضوية رؤساء الأسر الكبيرة بالقرية، وهذا المجلس هو الذى يوزع العبء الضريبى على أهالى القرية ويحصلها منهم ثم يقوم بتوصيلها إلى عامل الخراج[1].

ثم ظهر فى العصر العباسى نظام آخر لجباية الضرائب عرف باسم نظام «تضمين الأراضى» أو «تقبيل الأراضى». ومضمونه أن يقوم المتقبل بتحصيل الخراج لنفسه مقابل قدر معلوم يدفعه للدولة، ويستفيد المتقبل بالفرق بين مادفعه وما حصله[2]. وهو نظام شبيه بما كان متبعاً فى مصر فى العصر الرومانى والبطلمى من قبله. وقد جرت العادة على التزايد على جباية الخراج بمسجد عمرو بن العاص بمدينة الفسطاط (وإبتداء من عصر

---

(١) دكتور فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٣٢٦ .

(٢) وقد ظهر أيضاً فى العصر العباسي نظام ضمان الوالى لخراج مصر كله، فكان الوالى يلتزم بدفع مبلغ معين عن كل خراج مصر إلي الخلافة، وكان كثير من الولاة يرفضون ضمان الخراج خشية العجز عن السداد لاضطراب أمور البلاد.

كان هذا النظام محل انتقاد من جانب الفقهاء والعلماء ويدمغونه بالبطلان. وقال عنه الماوردى: «فأما تضمين العمال لأموال العشر والخراج فباطل لا يتعلق به فى الشرع حكم». ونهى أبو يوسف فى كتابه الخراج عن الإلتجاء إليه فقال: «رأيت أن لا تقبل شيئاً من السواد ولا من غير السواد من البلاد ، فإن المتقبل إن كان فى قبالته فضل عن الخراج عسف أهل الخراج، وحمل عليهم مالا يجب عليهم، وظلمهم فى ذلك وأشاله خراب البلاد وهلاك الرعية. والمتقبل لا يبالى بهلاكهم بصلاح أمره فى قبالته».

الدولة الطولونية أصبح يعقد بمسجد أحمد بن طولون)، وكان كل ملتزم يختص بناحية معينة، وقد تجمع بين طياتها عدة كور، والإلتزام يمتد أربعة سنوات وذلك حتى لا يضار الملتزم إذا كان الفيضان سيئاً فى إحدى السنوات. ومن الجديد بالذكر فى هذا الصدد أن الملتزم كان مكلفاً برقابة وصيانة الترع والجسور فى منطقته، وعليه أن يقوم بالاصلاحات اللازمة، وفى هذه الحالة يخصم ما أنفقه على الإصلاحات من مبلغ الخراج الذى يسدده للدولة(١).

وفى عصر المماليك تغير الوضع وقامت الدولة بتحصيل الخراج، وذلك عن طريق تعيين الموظفين. وهكذا اختفى نظام تضمين الأرض أو تقبيلها(٢).

وعندما سقطت مصر فى قبضة الأتراك العثمانيين طبق عليها نظام مالى وإدارى جديد، وقد تميز نظام الضرائب في هذا العهد بقسوته على المصريين، ولم يكن هناك أى هم للوالى العثمانى إلا إرسال الأموال إلى

---

(١) دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم دولة سلاطين المماليك، الجزء الأول، ص٦٨ .

(٢) دكتور عبد المنعم ماجد: نظم دولة سلاطين المماليك، الجزء الأول، ص٧١ .

وأنظر فى تفضيلات النظم المالية فى عهد الدولة المملوكية، دكتور/ البيومى إسماعيل: النظم المالية فى مصر والشام زمن سلاطين المماليك، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، سلسلة تاريخ المصريين (١١٨).

وكذلك دكتور/ البيومى اسماعيل الشربينى: مصادرة الأملاك فى الدولة الإسلامية (عصر سلاطين المماليك)، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، سلسلة تاريخ المصريين (١١٠،١١١).

الأستانة دون نظر إلى حالة البلاد ودون أن يكلف نفسه مؤونة الإصلاح. وقد تحملت الأراضى الزراعية فى مصر بثلاثة أنواع من الضرائب، النوع الأول: الخراج وأصبحت تسمى «الميرى» وهذه هى أموال الجزية التى وجب على البلاد دفعها سنوياً للسلطان، والنوع الثانى: تسمى بضريبة الكشوفية وهى التى يفرضها الكاشف أى حاكم إحدى الولايات الثلاثة عشر في مصر، والنوع الثالث: تسمى فائض الإلتزام وهى عبارة عن ضريبة إضافية يحصلها الملتزم لنفسه زيادة عن المطلوب للجزية أو للكاشف. وكذلك كان السلطان العثمانى كلما احتاج إلى دخل إضافي لمواجهة نفقات متزايدة أو لمحاربة المماليك فى مصر فإنه يفرض ضرائب إضافية. بل إن المماليك أنفسهم كانوا يفرضون ضرائب على الأقاليم التى يسيطرون عليها، ولم يكن لتلك الضرائب من ضابط سوى مشيئة المماليك الذى عاثوا فى البلاد فساداً متنازعين فيما بينهم، منصرفين إلى ابتزاز الأموال[1].

وقد عاد العثمانيون إلى تحصيل الضرائب بواسطة الملتزمين، والملتزم يتولى التحصيل سنة فأكثر، ويدفع للدولة مقدماً ضرائب سنة، والإلتزام كان يتم عن طريق المزايدة، ومن يعرض سداد خراج أكبر رسى عليه المزاد. ولكن الإلتزام قد يتم أحياناً دون تزايد بالاتفاق مع إدارة الخزانة - وكانت تسمى فى ذلك الوقت «الرزنامة» - ويشترط فى هذه الحالة موافقة شيخ البلد على عقد الالتزام. وكان من الطبيعى أن يحاول الملتزم الحصول من الممولين على المبالغ التى دفعها مقدماً، ما يراه مناسباً من فوائد عليها، ولم يكن عليه رقيب فى هذا الخصوص، ولنا أن نتصور مدى الظلم الذى وقع

---

(١) دكتور فتحى المرصفاوى تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والاسلامى». ص٣٢٨

على الشعب المصرى نتيجة الإصرار على هذه الطريقة فى تحصيل الضرائب. وقد أنشأ العثمانيون بالقاهرة جهازاً إدارياً متخصصاً يهتم بمسألة تقرير الضرائب ومراقبة تحصيلها بواسطة الملتزمين وتسلمها منهم، وقد أطلق على ذلك الجهاز المتخصص إسم «قلم الأفندية»[١].

وقد كلفت الدولة العثمانية الملتزمين ببعض الأعباء، تتلخص فى صيانة المساجد والمدارس والحمامات التى تقع فى ناحية الإلتزام، وكذلك كان عليه اسضافة الموظفين الحكوميين العابرين. وبالمقابل كانت الدولة تجزل العطاء للملتزم حيث تمنحه مساحات من الأراضى الزراعية المعفاة من كل الضرائب، كما تخوله حق تسخير الفلاحين لزراعتها دون أجر، ويطلق على كل إقطاعيات من هذا القبيل لفظ «أوسية». ولقد منح هؤلاء الملتزمين ميزة أخرى وهى إمكانية توريث حقوقهم لأبنائهم أو لمماليكهم من بعدهم، بشرط استمرار هؤلاء الورثة في السير على نفس النظام الذى اعتاده المورث. وهكذا أصبحت وظيفة الملتزم وراثية فى عدد محدود من الأسر التى عاونت الحكم العثمانى[٢].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى» ، ص٣٢٨ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى» ، ص٣٢٩ .

الفصل الرابع
التنظيم الإجتماعى للسكان فى مصر الإسلامية

استحدث الإسلام أسلوباً فريداً فى تحديد الرابطة التى تقوم بين الفرد والدولة الإسلامية، هذه الرابطة عى رابطة الدين، وبذلك تم بناء المجتمع على رابطة الدين(١)، فالرابطة الدينية فى نظر المسلمين أساس

---

(١) ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أنه بالرغم من قيام الدولة الإسلامية على أساس رابطة الدين فإنها لا تعتبر دولة تيوقراطية (دينية) على خلاف ما يظن بعض المستشرقين وبعض أنصار التيار العلمانى. ذلك أنه «لا كهنوت فى الإسلام» كما يقول الحديث الشريف. ولذلك أجمع علماء المسلمين - باستثناء الشيعة - على عدة أمور تتنافى مع نظام الدولة التيوقراطية منها: لا تحتكر طبقة مقفلة أو جماعة دينية معينة حكم الدولة، بل يختار الخليفة كما يختار معاونوه من الشعب حسب قدراتهم ودرجة صلاحيتهم لتولى أمور المسلمين، ويخضعون لرقابة الشعب ويسألون أمامه عن أعمالهم. وإذا كان الفقهاء يشترطون فى الخليفة أن يكون من المجتهدين، فإن الإجتهاد ليس صفة موروثة ولا يقتصر على طبقة دون غيرها، بل هى صفة يستطيع أن يكتسبها أى شخص إذا ما توافرت فيه شروط الإجتهاد. كما أن المجتهدين لا يتمتعون بأية سلطات روحية ولا امتيازات دينية، فهم ليسوا واسطة بين الله والناس ولا يغفرون الذنوب ولا يقبلون التوبة ولا يستطيعون حرمان أحد من رحمة الله، ودورهم يقتصر على استنباط الأحكام وتفسير النصوص، مثلهم فى ذلك مثل فقهاء القانون فى ظل القوانين الوضعية، والأصل الدينى للقواعد القانونية فى الشريعة الإسلامية لا يكفى لوصف الدولة بأنها دولة تيوقراطية. إذ العبرة فى إضفاء هذا الوصف على الدولة بصفة القائمين عليها وعلى=

الإنتماء إلى الدولة، وهذا أثر منطقى للنشأة الدينية للدولة الإسلامية. ومن ثم فلا أهمية للعنصر أو العرق الذى ينتمى إليه الشخص بأصله، ولا عبره أيضاً بمكان الميلاد، ولا عبرة بمحل الإقامة أو الموطن، ولذلك انتهى الفقهاء المسلمون إلى تقسيم العالم إلى قسمين كبيرين: دار الإسلام ودار الحرب، وتقسيم البشر داخل دار الإسلام إلى مسلمين وغير مسلمين (ذميون، مستأمنون).

فدار الإسلام هى تلك الأراضى التى تخضع لسيادة الدين الإسلامى وتطبق النظم الإسلامية[١]، فالشرط الأساسى هو نفاذ أحكام الشريعة الإسلامية، ولا أهمية لما إذا كان السكان مسلمين أو غير مسلمين ولا يهم أن يكون

= وضع قوانينها وتفسيرها، والمجتهدين فى الإسلام ليسوا طبقة دينية قائمة بذاتها داخل المجتمع. دكتور / صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٤٧ .

(١) تعتبر دار الإسلام داراً واحدة وإن تعددت حكوماتها أو دولها، كما هو الحال فى الدول الإسلامية المعاصرة، كما كان عليه الحال وقت تعدد الحكومات فى دار الإسلام فى بعض العصور حينما إستشرى نظام إمارة الاستيلاء منذ القرن الرابع الهجرى، فضلاً عن تعدد نظام الخلافة الإسلامية. وتظل البلاد ضمن دار الإسلام ولو استولت عليها دولة أجنبية، وإذا ظلت أحكام الإسلام - كلها أو غالبيتها - نافذة فيها، كما حدث وقت احتلال التتار لبعض البلاد الإسلامية، وكما كان حادثاً لبعض البلاد الإسلامية إبان الإحتلال الأوربى لها فى القرنين الماضيين لأن كثيراً من أحكام الإسلام وشعائره ظلت سائدة بين المسلمين. ولكن الأمر مشكوك فيه بالنسبة للجمهوريات الإسلامية التى خضعت لنفوذ السوفييت قبل إنحلال الإتحاد السوفيتى، لأن النظام الشيوعى يمنع الدين ويحارب شعائره. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٤٨ .

المسلمون أغلبية أو أقلية. والفقهاء المسلمون لا يستعملون تعبير الدولة - بمعناها السياسى المفهوم فى العصر الحديث - ولكنهم يستعملون اصطلاح دار الإسلام، ولا يستعملون اصطلاح وطنيين للتعبير عن أبناء الدولة التى يحملون جنسيتها، بل يستعملون إصطلاح أهل دار الإسلام أو الرعية. كما أنهم لم يستعملوا اصطلاح الجنسية للدلالة على الرابطة التى تربط الشخص بالدولة التى يحمل جنسيتها، وهى رابطة سياسية وقانونية، ولكنهم عرفوا النتائج السياسية والقانونية التى تترتب على إنتماء الشخص لدار الإسلام وأسموها الرعوية، وميزوا بينها وبين تلك التى تترتب على انتمائه إلى دار الحرب[١].

أما دار الحرب فهى البلاد التى لا تخضع لسيطرة المسلمين ولا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية. وأهل دار الحرب يوصفون بأنهم حربيون. وأهل دار الحرب لا عصمة لهم فى مالهم أو أنفسهم بالنسبة لأهل دار الإسلام مالم يكونوا قد دخلوا دار الإسلام بأمان من أهلها فيوصفون حينئذ بالمستأمنين[٢]، أما المسلم المقيم فى دار الحرب فإنه يعامل معاملة المسلمين

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٤٩ .

(٢) المستأمن لغة هو طالب الأمان . وينطبق هذا الوصف على غير المسلم من أهل دار الحرب إذا دخل دار الإسلام بإذن من المسلمين، فهو بذلك يصبح آمناً فى دار الإسلام، لكنه أمان مؤقت خلافاً لأمان أهل الذمة فهو أمان مؤبد. والمستأمن يتمتع فى دار الإسلام - كأصل عام - بذات الحقوق التى يتمتع بها الذمى .

ومشروعية الأمان الذى يتمتع به المستأمن ترجع إلى قوله تعالى (سورة التوبة:٦) «وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه»، فضلاً عن الحديث الشريف «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم». =

إذا دخل دار الإسلام.

= والأمان الذى يصير به الحربى مستأمناً يتنوع ما بين الأمان الذى يحصل عليه الشخص نفسه أوبالتبعية لغيره كالزوجة والأولاد. وتتعدد صور الأمان تبعاً لجهة الاختصاص فى إصداره. فهناك الأمان الذى يمنحه أحد الأفراد من المسلمين لحربى أو لعدد قليل من الحربيين بجانب الأمان الذى يمنحه الإمام. والصورة الأولى محل جدل بين الفقهاء فبعضهم يجيز للأفراد من المسلمين منح هذا الأمان دون حاجة لإذن من الإمام، والبعض الآخر يرفضه. ولكنهم جميعاً يقصرون حق منح الأمان لعدد كبير من الحربين على الإمام. وحق الإمام فى منح الأمان لأهل دار الحرب محل اتفاق بينهم سواء بالنسبة لمنحه لعدد قليل من أهل دار الحرب أو لعدد كبير منهم. والأمان الصادر من الإمام أو من يمثله تتنوع أشكاله ومن أهمها: الأمان بالموادعة (ويسمى أحياناً الأمان بالمعاهدة أو المسالمة أو المهادنة) ويتم عن طريق معاهدة بين المسلمين وغيرهم بترك القتال، ويستأثر الإمام بحق عقدها، ومن أشكال أمان الإمام الأمان المعروف بالعرف والعادة ويشمل أمان رسل غير المسلمين إلى دار الإسلام دون حصولهم على أمان من المسلمين. ومثلهم فى ذلك أمان التجار الذين يدخلون دار الإسلام للتجارة دون حصولهم على الأمان. وهذا الحكم مبنى على العرف والعادة ولكنه مقيد لدى فريق من الفقهاء بشرط المعاملة بالمثل.

والمستأمن يعتبر – حسب الإصلاحات الحديثة – من الأجانب، ولذلك يظل موصوفاً بأنه من أهل دار الحرب. وهو بمنزلة الذمى فى دار الإسلام. وقد غالى الفقهاء المسلمون فى حماية المستأمن فى شخصه وماله، لدرجة أنهم قالوا بعدم جواز مفاداة المستأمن بالأسير المسلم ولو طلب أهل الحرب ذلك إلابرضاء المستأمن نفسه، أى تبادل الأسرى. ولا يجوز تسليمه إلى أهل دار الحرب ولا إلى دولته حتى ولو هددونا بقتالنا إذا لم نسلمه إليهم لأن تسليمه «غدر بأماننا لارخصة فيه فلا يجوز». والرخصة المقصودة هنا تنحصر فى وجود معاهدة بين المسلمين والبلد الذى ينتمى إليه المستأمن تقتضى تسليمه. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٥١ ومابعدها.

=

وقد انقسم سكان مصر وقت الفتح العربى إلى ثلاث فئات: الأقباط وهم المصريون الأصلاء، ويمثلون الفئة الغالبة ومنهم الزراع والصناع. ثم الرومان والإغريق وكان منهم الحكام وأهل الدولة، وقد أطلق العرب عليهم اسم الروم. والفئة الثالثة من السكان كانت تتكون من اليهود الذين كانوا يباشرون التجارة فى أغلب الأحوال. وبعد الفتح العربى حل العرب محل الروم وصبغوا مصر بصبغة دينهم ولغتهم، فانقسم المجتمع المصرى إلى فئتين أساسيتين هم: المسلمون وغير المسلمين أى أهل الذمة[1].

المبحث الأول

المركز القانوني للمسلمين في مصر الإسلامية

كان الإسلام مقصوراً فى بداية الأمر على أفراد القوات العربية التى دخلت مصر لطرد الروم. وكانت هذه القوات ترابط بجوار المدن الكبرى، وظلت على هذا الوضع طوال عهد خلافتى عمر وعثمان. أما بعد ذلك فقد بدأ الاختلاط بالمصريين، وبدأ الإسلام فى الإنتشار بين صفوف الشعب

= وإذا كان الحكام يمنحهم الأمان لمدة معينة، مدة سنة فى أغلب الأحوال، لا يدفعون الجزية خلالها، فإن أقاموا بعدها، ونبة عليهم بأنهم أقاموا مدة أخرى ولم يغدروا الديار فى المدة المحددة، فرضت عليهم الجزية وتحولوا إلى ذميين يشاركوا أهل هذه الفئة مالهم من حقوق وماعليهم من واجبات. الأستاذ/ عزيز خانكى: اختلاف الدارين، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، ص٨٢٣ ومابعدها.

(١) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص ٣٩٢ .

المصرى، ولم يأت عهد الخليفة المأمون إلا وأصبحت للمسلمين الغالبية فى البلاد(١).

وقد انقسم المسلمون في مصر إلى ثلاث جماعات: العرب والموالى والأرقاء. وقد تمتع العرب بحق تولى المناصب الرفيعة والمناصب الحساسة في ولاية مصر، وكرسوا جهودهم للإشتغال بالسياسة ومناصب القضاء، بل لقد بقى القضاء وقفاً عليهم دون سواهم مدة طويلة من الزمن. أما المهن والحرف فقد ابتعدوا عنها ترفعاً وتركوها ليمارسها أهل البلاد. وقد وجد هذا الاتجاه تأييداً وتشجيعاً من الدولة الأموية التى نحت نحو تفضيل العربى على غير العربى. وبعد أن تم توزيع الأراضى الزراعية العرب، جنحوا نحو فلاحة الأرض وزراعتها(٢).

(١) ساعد على سرعة دخول الأقباط إلى دين الإسلام بساطة الديانة الإسلامية وعدم تعقيدها وسهولة فهمها واستيعابها وبعدها عن المتاهات الفلسفية. خاصة أن العرب قد دخلوا مصر ومعهم عقيدتهم الإسلامية البسيطة فى وقت كانت المناقشات والمناظرات والخلافات على أشدها بين المذاهب المتعددة فى المسيحية، فقد كان الخلاف حول طبيعة السيد المسيح سبباً لفتنة كبرى فى مصر، فقد اتبع المصريون فى ذلك الحين مذهب الموحدين، الذين ينادون بوحدة طبيعة السيد المسيح، بينما سار الحكام الرومان على مذهب الملكانيين وهو ينادى بأن المسيح له طبيعتان واحدة إلهية وأخرى بشرية.

وقد ذهب البعض بأن الكثير من أقباط مصر دخل إلى دين الإسلام اعتقاداً منهم بأن المسلمين ماداموا ينادون بالتوحيد فهم موحدون مثلهم، وقد وصلوا لتخليصهم من المذهب الملكانى. ويضيف بعض المؤرخين أن انتشار العرب فى مصر ووصول أعداد كبيرة من قبائل الجزيرة، وتدخلهم فى الحياة المصرية واختلاطهم بالمصريين، قد أدى إلى إقناع العديد من المصريين بالإسلام وإلى دخولهم فيه. وإذا نظرنا إلى الأمر نظرة نفعية محضة، فلا شك أن دخول الشخص فى دين الإسلام كان يعود عليه بالكثير من المزايا والفوائد، إذ سيتخلص من دفع الجزية، كما أنه سيصبح أهلاً لتولى الوظائف والمناصب.
دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص ٢٨٠.

وقد عرف عرب الجاهلية نظام الموالى، وقصد به وضع وسط بين الحرية والرق[١]. وقد قضى الإسلام على نظام الموالى القديم ليصبح جميع الموالى أحراراً. وقد عاد تعبير مولى للظهور مرة أخرى فى صدر الإسلام على أسرى الحرب الذين دخلوا الإسلام بعد وقوعهم فى الأسر ثم أعتقوا، ثم استعمل فى العصر الأموى ليقصد به كل من دخل الإسلام من غير العرب، ومن هنا أصبح جميع من أسلم من المصريين يعتبر من الموالى طبقاً لهذا المفهوم الجديد لاصطلاح الموالى . ولكن عدد الموالى فاق مع الزمن عدد العرب، وبدأ نفوذهم يتسرب إلى السياسة والحكم، إلى أن قامت الدولة العباسية وزالت هذه التفرقة، وترتب على اعتناق الدين الإسلامى تمتع المصرى بحقوق العربى المسلم[٢].

أما الرقيق فى الإسلام فهو أسير الحرب بشروط معينة ، وقد كان ولى الأمر مخيراً بين قتل الأسير أو استرقاقة أو إطلاق سراحه مقابل فديه أو دون مقابل، ويمتنع عليه قتل الأسير متى دخل فى الإسلام. وقد أوضحت الشريعة الإسلاميةالعديد من السبل التى تؤدى إلى عتق الرقيق، كما أوضحت كيفية معاملتهم معاملة تتفق مع إنسانيتهم وحقوقهم كبشر[٣].

---

(١) المولى كان إما عبداً معتقاً، وإما مولى بناء على حلف، وأخيراً مولى رحم عن طريق الزواج بموالاة شخص آخر.

(٢) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٥٩ .

(٣) أنظر فى تفصيلات نظام الرق في الإسلام وسبل القضاء عليه : الأستاذ/ أحمد أبو الفتح: المدخل لدراسة الفقة الإسلامى.

المبحث الثانى

المركز القانونى للذميين فى مصر الإسلامية

الذميين هم غير المسلمين المقيمين فى دار الإسلام[1]،وينظر الفقهاء إلى علاقة الذمى بدار الإسلام والمسلمين على أنها عقد بين الخليفة أو نائبه وممثل غير المسلمين يصير بمقتضاها غير المسلم فى ذمة المسلمين أى فى عهدهم وأمانهم على وجه التأبيد - بشرط عدم إتيان ما يقتضى النقض[2]- ويعد عقد الذمة من الموضوعات الرئيسية والمحورية الهامة فى

---

(١) وهم أهل الكتاب من اليهود والنصارى ويلحق بهم المجوس (عبدة الأنوار والنيران ويدعون نبوة زرادشت). وجواز عقد الذمة مع هذه الطوائف محل اتفاق بين الفقهاء، ولكنهم يختلفون فيمن عداهم من غير المسلمين كالمرتدين والمشركين... الخ .

(٢) اكتساب صفة أهل الذمة تتم على وجه التأبيد فلا يجوز نقضها مالم يظهر من الذمى ما يقتضى النقض. والفقهاء مختلفون فيما يقتضى النقض، فبعضهم يضيق من حالاته ويقصرها على إسلام الذمى أو لحاقه بدار الحرب فيصير من أهلها أو محاربة الذميين المسلمين وغلبتهم على أحد الأماكن فى دار الإسلام إذ بذلك يصير هؤلاء الذميون حرباً على المسلمين. وبعضهم الآخر (غير الحنفية) يوسع في حالات نقض الذمة فيضيف إلى ماتقدم: امتناع أهل الذمة عن أداء الجزية، طعنه في الإسلام أو القرآن، ذكر الرسول بسوء، قطع الطريق على مسلم أو فتنته عن دينه.. إلخ، وهذا الفريق من الفقهاء الموسعين لحالات جواز النقض لا يطبقونها على من دخل فى الذمة بالتبعية كالأولاد الصغار. دكتور / صوفي أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص٥١ .

علاقة الدولة الإسلامية بمواطنيها غير المسلمين، حيث تمثل الإطار القانونى الضابط لهذه العلاقة والذى يتناولها بالتنظيم(١). وبمقضتى عقد الذمة يصير الذمى من أهل دار الإسلام - أى يتمتع بجنسيتها بحسب الاصلاحات الحديثة - لأنه بعقد الذمة صار من أهل دار الإسلام، وبمقتضاه أيضاً يتساوون مع المسلمين فى دار الإسلام، فى التمتع بكافة الحقوق والتحمل بالالتزامات كأصل عام إعمالاً للقاعدة العامة «لهم مالنا وعليهم مالينا»(٢). كما يصير غير المسلم ذمياً إذا توافرت القرائن الدالة على رضاه بالذمه دون وجود عقد ذمة مثل إقامة المستأمن إقامة دائمة فى دار الإسلام أو شرائه لأرضاً خراجية بها، كما يصير غير المسلم ذمياً بالتبيعة لغيره مثل الأولاد الصغار والزوجة إن أسلم زوجها أو صار ذمياً لأنها تابعة له فى

---

(١) دكتور/ أحمد السيد أحمد موسى: المركز القانونى للأقباط فى مصر الحديثة «دراسة فى تاريخ القانون» رسالة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة طنطا عام ١٩٩٧ ، ص٧٠ .

(٢) تعد إقامة الرابطة بين الفرد والدولة على أساس الدين لا يعنى تمييزالمسلمين على غيرهم، لأن الإسلام ليس عنصرياً، فالعلماء مجمعون على القول المشهور في خصوص الذميين «لهم مالنا وعليهم ماعلينا». ونتيجة لذلك فرق الفقهاء بين أحكام العبادات وأحكام المعاملات، والأولى تخص المسلمين وحدهم أما الذميون فلهم اتباع ما يأمر به دينهم، وهو ما يعرف اليوم بحرية العقيدة. أما أحكام المعاملات فهى تطبق على الجميع مسلمين وغير مسلمين، باستثناء ما كان لصيقاً بالدين مثل مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وغيره وكذلك ما أباحه لهم دينهم رغم تحريمه فى الإسلام مثل شرب الخمر وأكل لحم الخنزير. لذلك فإن الأصل العام هو المساواة بين المسلمين وغيرهم فى دار الإسلام فى الحقوق والواجبات. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثاني، العصر الإسلامي ، ص٤٧ .

المقام أما الزوج فلا يصير ذمياً بزواجه من ذمية لأنه ليس تابعاً لها. وحكمة مشروعية عقد الذمة هى أن يترك غير المسلم القتال مع إحتمال دخوله الإسلام عن طريق مخالطته المسلمين[١].

ولما كان المركز القانونى للذميين يتحدد بالعهد الذى يربطهم بالدولة الإسلامية[٢]، فإننا نلاحظ أن العهد الذى تم مع أقباط مصر يكشف عن

---

(١) شرع عقد الذمة منذ السنة التاسعة للهجرة بقوله تعالي (سورة التوبة: ٢٩) «قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون»، والصغار فى هذه الآية فسره الإمام الشافعى فى كتابه «الأم» بأنه يعنى جريان أحكام الإسلام عليهم.

(٢) اختلفت معاملة المسلمين لأهل الذمة تبعاً لضعف أو لقوة المقاومة التى أبداها هؤلاء ضدهم، وتبعاً لإقبالهم على مساعدتهم أو إحجامهم عن المساعدة. ومن هنا فقد اختلفت العهود التى أعطاها المسلمون لأهل الذمة في البلاد التى فتحوها. ويتلخص هذا الاختلاف فى طبيعة الشروط المفروضة على أهل الذمة، إذ أن من هذه الشروط ما هو «مستحق» فقط فى نظر الفقهاء ومنها ما هو «مستحق» و«مستحب» معاً. وللمستحق ستة شروط، وللمستحب ستة شروط أيضاً.

وشروط «المستحق» هى: ألا يذكر أهل الذمة كتاب الله بطعن فيه ولا تحريف له، ألا يذكروا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بتكذيب له ولا بازدراء، ألا يذكروا دين الإسلام بذم له ولا قدح فيه، ألا يصيبوا مسلمه بزنا ولا باسم نكاح، ألا يفتنوا مسلماً عن دينه ولا يتعرضوا لماله ولا دمه، ألا يعينوا أهل الحرب ولا يأووا أعداءهم . وشروط «المستحب» هى: أن يغير أهل الذمة هيئاتهم بلبس الغيار وشد الزنار، ألا يعلوا على المسلمين فى أبنيتهم، ألا يسمعوا أصوات نواقيسهم، ألا يجاهروا بشرب الخمور ولا بإظهار صلبانهم أو غيرها من شعائر دينهم، أن يخفوا دفن موتاهم، أن يمنعوا ركوب الخيل عتاقاً وهجاناً. دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٩٥ .

وضعهم الخاص في نظر الدولة الإسلامية، إذ لم يطلب من أقباط مصر إلا الحد الأدنى من الإلتزامات وهى ما يطلق عليه الفقهاء «المستحق»، وأن يدفعوا دينارين جزية على كل رجل قادر عن العمل، ويعفى من الجزية المذكورة الصبيان والشيوخ والنساء والرهبان، وتعهد المسلمون فى مقابل ذلك بألا يخرجوا الأقباط من ديارهم وألا يتعرضوا لنساءهم ولا قراهم ولا أراضيهم وألا ترفع قيمة الجزية[1].

وحرية العقيدة بالنسبة للذميين لا تنفى خضوعهم لإحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لمبدأ إقليمية الشريعة الإسلامية وسريانها فى دار الإسلام على الناس أجمعين، سواء كانوا مسلمين أم ذميين أم مستأمنين. لذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية هى التي تطبق فى معاملات الذمى سواء كانت هذه المعاملات بينه وبين المسلمين أو بينه وبين غيره من الذميين[2]. ولكن هناك استثناءان على تطبيق مبدأ إقليمية الشريعة، الاستثناء الأول بزواج الذمى نظراً لارتباط موضوع الزواج بأحكام الدين، وبذلك يلزم القاضى المسلم بتطبيق أحكام شريعة الذمى فى كل ما يتعلق بانعقاد الزواج وبالآثار التى تترتب عليه. أما الاستثناء الثانى فيتعلق بما حرم فى الإسلام وثبت إباحته فى شريعة الذمى كالخمر ولحم الخنزير، وهنا يجيز القاضى المسلم تعامل الذمى فى الخمر ولحم الخنزير وذلك رغم كونهما بالنسبة للمسلمين

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصرى، ص٢٤٧ .

(٢) أحمد إبراهيم وعلى بدوى: العلاقة بين الدين والقانون، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، السنة الثانية، القسم الفرنسى، ص١٩٧ ومابعدها.

من الأشياء التى لا يجوز التعامل فيها ولا تقوم بمال لتحريم الانتفاع بها شرعاً، وينتج عن ذلك أنه إذا تسبب مسلم فى قتل خنزير أو إتلاف خمر لذمى فإنه يلزم بضمان الهالك أى بالتعويض(١). ويلاحظ أن الإسلام لم يعترف للذمى بولاية القضاء، وإن كان يجوز للذميين - مثلهم في ذلك مثل المسلمين - الالتجاء إلي حكم من دينهم قبل رفع الخصومة إلي القاضى المسلم في حالة عدم الاتفاق.

وقد كان أهل الذمة بعيدين فى بداية الفتح العربى عن تولي الوظائف العامة، ولكن الحال قد تبدل أيام الدولة العباسية، بل لقد أثبت أهل الذمة كفاءة وبراعة في بعض الأعمال جعلت الاعتماد عليهم بصددها ظاهرة ملفتة(٢). أما فى عهد الطولونيين والإخشيديين والفاطميين، فقد عومل الأقباط على قدم المساواة مع المسلمين، فاستعان بهم الولاة فى معظم وظائف الدولة، وعلى الأخص فى الوظائف المالية فكان منهم كبار الموظفين والوزراء أحياناً. ،ولكم ذلك لا يفهم منه حصول أهل الذمة على حقوق مكتسبة في هذا المجال، فالأصل فى تحديد المركز القانونى لأهل الذمة يرجع إلى العهد المبرم بينهم وبين المسلمين فى أيام الفتح الأولى. بل إن بعض الخلفاء الفاطميين وسلاطين المماليك ذهبوا تحت تأثير ظروف وقتية، إلي التضييق على أهل الذمة فى مصر بما يجاوز عهد عمر بن العاص معهم في صدر الإسلام(٣). بيد أنه يجب ألا يغيب عن البال أن هؤلاء الخلفاء

---

(١) دكتور/ محمد عبد الهادي الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٩٧ .

(٢) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص ٣٦٨ .

(٣) فقد تم إبعاد النصارى واليهود عن الوظائف العامة، وحرم عليهم مخالطة المسلمين=

والسلاطين الذين أساءوا معاملة أهل الذمة في مصر، إنما كانت مواقفهم هذه متمشية مع سياستهم العامة في الطغيان على حقوق المحكومين بوجه عام مسلمين كانوا أم ذميين . ومن ثم يمكن القول أن وضع أهل الذمة في مصر كان يتمشى بصورة عامة مع عدالة الحكم، فحين يسود العدل يعم ذلك جميع السكان دون تفرقة بين دين وآخر، وحين تتوارى العدالة وراء ظلمات التحكم والأهواء المنحرفة فإن الظلال القاتمة تسود علاقة الحاكم بالمحكومين مسلمين كانوا أم ذميين[1].

= وركوب بعض الدواب، بل ألزموا بارتداء زى خاص. كما أن هؤلاء الحكام زادوا من الجزية ليتوصلوا إلى تحقيق أكبر قدر من الثراء في أقصر وقت، خاصة وأن أعداد المسلمين كانت دائماً فى إزدياد مما قلل من عدد الرءوس التى تخضع للجزية. وغالباً ما كان ذلك يحدث تحت ضغط المسلمين الذين يثيرهم سيطرة أهل الذمة على بعض المناصب الهامة ودأبهم على محاباة أبناء ملتهم وإساءة معاملة المسلمين. دكتور / محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٣٩٩ .

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٢٨٦ .

الفصل الخامس

نظام القضاء في مصر الإسلامية

تعد دراسة نظام القضاء فى الإسلام بوجه عام من الأهمية بمكان لكى نستطيع الإلمام بنظام القضاء فى مصر فى العصر الإسلامى، لذلك فسوف نقوم فى هذا الفصل بدراسة نظام القضاء فى الإسلام فى مبحث أول، ثم نعقبه بدراسة تنظيم السلطة القضائية فى مصر الإسلامية.

المبحث الأول

نظام القضاء فى الإسلام

أولاً: تطور نظام القضاء فى الإسلام:

القضاء شرعاً هو «الفصل فى الخصومات بالأحكام الشرعية»[(١)].
وقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم أول قاض فى الإسلام، وكان هو وحده الذى يقوم بهذه المهمة فى بداية الدعوة الإسلامية، ويرجع ذلك إلى عدم إتساع رقعة الدولة الإسلامية فى ذلك العهد، وإلى قلة الخصومات

---

(١) الأستاذ/ محمود محمد عرنوس: تاريخ القضاء فى الإسلام، القاهرة ١٩٣٤ ، ص١٠ .

التى كانت تعرض عليه[١]. ولما إنتشرت الدعوة الإسلامية وفتح المسلمون بلاداً كثيرة في أرجاء الجزيرة العربية، عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بالقضاء إلي غيره من الصحابة وجعل القضاء جزءاً من الولاية يقوم به الوالى[٢].

وقد ظل القضاء فى عهد أبو بكر الصديق كما كان عليه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فكان يتولي القضاء بنفسه بإعتباره صاحب الولاية العامة، وإن كان قد عهد إلي عمر بن الخطاب بالقضاء فى المدينة ولكنه لم يحمل لقب قاضى[٣]. أما خارج المدينة فقد كان القضاء جزء من عمل الولاة. وقد فصل عمر بن الخطاب القضاء عن الولاية، وعهد بأمور القضاء فى الولايات الإسلامية إلي أشخاص مستقلين عن الولاة أطلق عليهم للمرة الأولى لقب «القاضى»[٤]، ويرجع السبب فى ذلك إلى كثرة

---

(١) دكتور/ محمد عبد الهادى الشقنقيرى: دروس فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٠٥ .

(٢) الأستاذ/ عطية مصطفى مُشرفة: القضاء فى الإسلام بوجهه عام وفى العهد الإسلامى فى مصر بوجه خاص إلى سنة ٣٥٨هـ الطبعة الأولى ١٩٣٩، ص٩٥ .

(٣) يروى أن عمر بن الخطاب ظل يقوم بمهمة القضاء فى المدينة عامان، لم يأته خلالهما متخاصمان، لما عرف عنه من الشدة، ولأن الناس كان فيهم من الورع والصلاح والتسامح ما يمنع وجود تخاصم ومشاحنة. دكتور/ محمد سلام مدكور: القضاء فى الإسلام، طبعة ١٩٦٤، الناشر دار النهضة العربية، ص٢٥ .

(٤) استحدث الخليفة عمر بن الخطاب نظام السجن بالمعنى المعروف اليوم، إذ كان حبس المتهم فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وعهد الخليفة أبو بكر الصديق لا يتعدى منع المتهم من الإختلاط بغيره وذلك بوضعه فى بيت أو مسجد مع ملازمة الخصم أو من ينيبه عنه له. دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات في نظرية العقد فى القانون الرومانى»، ص٣٨١

الفتوحات وإتساع الدولة الإسلامية مما أدى إلى تشعب عمل الولاة وزيادة أعبائهم وانشغالهم بإدارة الأمور الحربية والسياسية[١]. وفى عهد الخليفة عثمان بن عفان عرفت فكرة المحكمة لأول مرة بمعناها الفنى، فكان أول من إتخذ داراً للقضاء، أما قبل ذلك العهد فكان الفصل فى الخصومات يتم فى المسجد[٢]. وكان القضاة فى عهد الخلفاء الراشدين يحكمون بكتاب الله وسنة رسوله، فإن لم يجدوا حكماً للمسألة في الكتاب أو السنة اجتهدوا رأيهم وقضوا به[٣]. كما لم يكن للقاضى في هذا العصر كاتب أو سجل تدون فيه أحكامه، لعدم الحاجة إلى ذلك حيث كان القاضى يقوم بتنفيذحكمه بنفسه عقب إصداره من ناحية، ولعدم جحود الناس للأحكام وتنفيذها طوعاً من ناحية أخرى[٤].

وقد ظل القضاء فى عهد الدولة الأموية بصفة عامة علي ما كان عليه

---

(١) لم يكن فصل سلطة القضاء عن عمل الولاة - فى ذلك العصر - راجعاً إلى فكرة الفصل بين السلطات فى الدولة، بدليل أن تنفيذ الأحكام كان في يد القضاة، فكان القاضى هو الذى يصدر الحكم وهو الذى ينفذه، كما أن مهمة القضاء فى هذا العهد كانت قاصرة على الفصل فى الخصومات المالية فقط أما سلطة الفصل فى المسائل الجنائية (القصاص والحدود والتعزير) فإنها بقيت في عهد الخلفاء فى يد الخليفة وولاة الأمصار. دكتور/ محمد سلام مدكور: القضاء في الاسلام، ص٢٦ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى في العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٤٧ .

(٣) الأستاذ/ عطية مصطفى مشرفة: القضاء فى الإسلام، ص ١١٤ .

(٤) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٤٧ .

فى عهد الخلفاء الراشدين، فكان الخليفة هو الذى يعين القضاة فى عاصمة الخلافة، أما قضاة الأقاليم فكان يعهد بأمر تعيينهم إلى ولاة الأقاليم. ولم يكن لأحد القضاة اشراف أو ولاية على القضاة الآخرين، بل كانوا جميعاً يتبعون الخليفة أو نوابه[١]. وقد بدأ فى هذا العصر تدوين القضاة لأحكامهم فى سجلات خاصة بذلك[٢].

وفى العصر العباسى تطور القضاء تطوراً كبيراً، حيث كانت قد ظهرت المذاهب الإسلامية الكبرى. وارتبط القضاء بالمذاهب وأصبح كل قاضى ملزماً بأن يصدر أحكامه وفق مذهب معين فعرف التقليد وضعف روح الاجتهاد، ولذلك أصبح فى كل بلد قضاة يمثلون المذاهب الأربعة. وظهرت فى هذا العصر وظيفة «قاضى القضاة» وهى وظيفة قضائية لم تكن معروفة من قبل، وكان شاغل هذا المنصب هو المهمين على تعيين القضاة وعزلهم ومتابعة أعمالهم ومراجعة أحكامهم[٣]. كما ظهرت فى هذا العصر أيضاً وظيفة «قاضى العسكر» وكان يفصل فى الخصومات التى تنشأ بين الجنود، فإذا قامت خصومة بين جندى ومدنى وأراد كل منهما أن يلجأ إلى قاضية فيكون الإختصاص في هذه الحالة لقاضى المدعى عليه. كما

---

(١) دكتور/ محمد سلام مدكور: القضاء فى الإسلام، ص٢٩ .

(٢) فى عهد معاوية بين أبى سفيان، قام قاضى مصر بالقضاء فى ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم الذى كان قد أصدره، فعادوا إليه مرة أخرى فحكم بينهم وقام بتدوين حكمه فى سجل خاص. فكان أول قاض دون أحكامه. الأستاذ/ محمود محمد عرنوس: تاريخ القضاء فى الإسلام، ص٢٨ .

(٣) أول من تولى هذا المنصب هو «يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف» صاحب كتاب الخراج وأكبر أصحاب الإمام أبو حنيفة النعمان، وكان ذلك فى عهد الخليفة هارون الرشيد.

أطلق لقب «قاضى العسكر» أيضاً على القضاة الذين يصحبون الخليفة فى تنقلاته، فإذا نزل ببلد كان لهم ولاية القضاء فترة وجوده فقط فى هذا البلد، بحيث إذا خرجوا بدونه لم يكن لهم أى اختصاص قضائى(١). وقد تأثر القضاء فى هذا العصر بالسياسة، حيث تدخل الخلفاء العباسين فى أعمال القضاة، وحملوهم على السير وفق رغباتهم، مما دفع كثير من الفقهاء إلى الامتناع عن تولى منصب القضاء خشية أن يحملهم الخليفة على الحكم بما يخالف الشريعة الاسلامية(٢).

ثانيا: المبادئ العامة لنظام القضاء الإسلامى:

١ - مبدأ حرية القاضى واستقلاله: ومضمون هذا المبدأ هو عدم قابيلة رجال القضاء للعزل كضمان لاستقلالهم، حيث يرى جمهور الفقهاء عدم جواز عزل القاضى دون سبب يقتضيه(٣). وبذلك تعد الشريعة الإسلامية قد سبقت النظم الوضعية فى تقرير مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل ماداموا باقين على أهليتهم للقضاء(٤). وكذلك يقصد بهذا المبدأ أن يكون القضاء

---

(١) الأستاذ/ محمود محمد عرنوس: تاريخ القضاء فى الإسلام، ص٩٩ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٤٩ .

(٣) يرى البعض أن هذا المبدأ غير معروف فى الفقه الإسلامى، حيث كان تعيين القضاة وعزلهم من الأمور التى تدخل فى اختصاص الخليفة دون قيد على سلطانه في هذا الأمر، غير أنه لم يقل بهذا الرأى سوى الحنفية وبعض الحنابلة.

(٤) الأستاذ/ جمال المرصفاوى: نظام القضاء فى الإسلام، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامى الذى عقد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض عام ١٣٩٦هـ/ ١٩٨٤م، ص ٥٣ ومابعدها.

فى مأمن مـن تدخل غير رجـاله فيـه، وخاصة رجـال السلطة التنفـيذية[١]. وتأسيـساً على هذا المبـدأ تم تقرير مرتبـات للقضاة حـتى تكفل لهم الدولة حياة مادية كريمة تصون لهم استقلالهم ونزاهتهم[٢].

٢- مـبـدأ علانيـة الجلسـات: وهو من المبـادئ المسـتـقرة فى الفـقـه الإسلامى، فالأصل أن تكون جلسة القضاء علنية فى مكان عام يحضره كل من يريد ولا يمنع أحد من الدخول إليه ضماناً لسـلامة المحاكمة وحتى يعلم الناس بالخصومة فيدخل فيها من يرى أنها تتعدى إليه، مالم ير القاضى نظر الدعوى فى جلسة سرية لمصلحة تقتضى ذلك[٣].

٣- مبـدأ المساواة بين المتخاصـمين فى مجلس القضـاء: حيث يجب على القاضى أن يسوى بين الخصوم دون النظر إلى مـركزهم الإجتماعى أو لديانتهم[٤].

---

(١) دكـتـور/ أحـمـد إبراهيم حـسن: تاريخ الـقـانون المصـرى في العـصـرين الإسـلامى والرومانى، ص٢٥١ .

(٢) أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ تقرير مرتب للقاضى، حيث أن القاضى عامل للمسلمين، فله من بيت المال كفاية عياله ومن يعول من أهله. وقد تقرر هذا المبدأ من عهد رسول الله صلى الله عليـه وسلم حيث فرض راتـباً لمعاذ بن جـبل عندما بعـثه إلى اليـمين، ثم جاء الخلفـاء الراشـدون فبـسطوا أيديهم عـن سعـة وأجـروا الأرزاق الكافـية على الـقضـاة. الأستاذ/ جمال المرصفاوى: نظام القضاء فى الإسلام، ص١٠٧ .

(٣) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٥١ .

(٤) دكتـور/ أحمـد شلبى: تاريخ التشـريع الإسلامى وتاريخ النظم القـضائيـة فى الإسلام، طبعة ١٩٧٦، الناشر مكتبة النهضة المصرية ، ص٢٥٠ .

٤ - مبدأ الطعن في الأحكام : قرر الفقه الإسلامي لرئيس القضاة أو من قلده ولي الأمر أن ينظر في أحكام القضاة، فينقض منها ما يحتاج إلى نقض ويعدل ما يحتاج إلى تعديل، ويقر ما يراه صواباً، وذلك بناء على طلب المحكوم عليه أو من تلقاء نفسه. وعله ذلك أن القاضي بشراً وحكمه محتمل الخطأ[1]. كما أجاز الفقهاء للمحكوم عليه في قضية عرضها مرة أخرى على القاضي إذا كان قد أصدر الحكم في غيبته[2]. كما يجوز أيضاً للمحكوم عليه عرض القضية على قضاة آخرين[3].

= وللمزيد حول مبدأ المساواة في الإسلام أنظر مؤلف الدكتور/ علي عبد الواحد وافي: المساواة في الإسلام، الناشر دار المعارف بمصر، سلسلة إقرأ، يوليو ١٩٦٢ .

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري في العصرين الإسلامي والروماني، ص٢٥٣ .

(٢) الأستاذ/ جمال المرصفاوي: نظام القضاء في الإسلام، ص١٥٠ .

(٣) قسم الفقهاء والمسلمون الأحكام من حيث جواز الطعن فيها إلى ثلاث أقسام:

الأول: أن يكون الحكم مخالفاً لنص أو إجماع، فعلى كل قاض يرفع إليه هذا الحكم أن يحكم ببطلانه.

الثاني: الحكم الصادر من قاض صلاحيته للنظر في الدعوى محل شك، كأن يكون أحد طرفي الدعوى قريباً له كأخيه أو زوجته، أو أن يكون بينه وبين أحد طرفي الدعوى خصومة أو عداء، فمثل هذا الحكم يكون قابلاً للطعن أمام قاض آخر.

ثالثاً: الحكم المبني على الإجتهاد، وهو لا يجوز نقضه، لأن الحكم إذا كان مبنياً على اجتهاد لا يجوز لاجتهاد آخر أن ينقضه لأنهما في احتمال الخطأ سيان.

دكتور / محمد سلام مدكور: القضاء في الإسلام، ص٦٢ .

٥- مبدأ مجانية القضاء: تميز القضاء فى الإسلام خاصة فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين وبنى أمية والعصر العباسى الأول بالمجانية، فلايتناول القاضى أجراً من الخصوم مقابل الفصل فى الخصومة فيما بينهم، بل كان القضاة وأعوانهم يتقاضون مرتبات من بيت مال المسلمين. وقد أدى مبدأ المجانية إلى تيسير القضاء للناس وتقريبه منهم[(١)].

ثالثاً: تعيين القضاة وعزلهم:

يتم تعيين القاضى بواسطة ولى الأمر أو أحد نوابه الذين خصهم بإدارة ولاية القضاء، ولا يصح أن يعين القاضى نفسه ولا أن يعينه أفراد الناس، ويستند القاضى فى نفاذ حكمه على تفويضه من قبل ولى الأمر بإعتباره يمثل الأمة[(٢)].

ويجوز لولى الأمر عزل القاضى إذا وقع منه ما يقتضى العزل. وإذا تم عزل القاضى فقد ذهب بعض الفقهاء بأنه ينعزل بمجرد علمه بذلك، وقال أبو يوسف(من الأحناف) إنه لا ينعزل حتى يصل خلفه ليحل محله وذلك صيانة لحقوق الناس[(٣)].

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٥٤ .

(٢) دكتور/ محمد جمال عطيه عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٣٥ .

(٣) إذا قام القاضى بعزل نفسه، وذلك باستقالته من عمله، فقد اختلف الفقهاء فى وقت عزله. فقال الجمهور أن عزله يكون من لحظة استقالته من عمله، لأن عزله لنفسه لا يتوقف على علم الموكل (ولى الأمر). وقيل أنه لا يكون معزولاً إلا من لحظة علم من ولاه. وقيل أنه لا يكون معزولاً إلا عندما تقبل استقالته.

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن ولاية القاضى لا ترتبط بولاية ولى الأمر الذى ولاه، لأنه يستمد ولايته القضائية من الولاية العامة المستمدة من الأمة، ولأنه وكيل عن الأمة ويحكم باسمها وليس وكيلاً عن السلطان. وبناء على ذلك فإن مات أو خلع ولى الأمر أو نائبه الذى ولى القاضى، فإنه لا ينعزل[١].

رابعاً: الشروط الواجب توافرها فى القضاة:

لا يجوز أن يتقلد منصب القضاء إلا من توافرت فيه الشروط التى أوجب الفقهاء توافرها فى القاضى[٢]، ويمكن حصر هذه الشروط فيما يلى:

١ - أن يكون رجلاً: وهذا الشرط يجمع بين صفتين: البلوغ والذكورة. فالصبى لا يصح أن يولى القضاء لأنه خاضع لولاية وليه، كما لا يصح أن تتولي المرأة منصب القضاء عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل[٣].

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطيه عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٣٦ .

(٢) اختلف الفقهاء فى عدد الشروط الواجب توافرها فى القاضى، فمنهم من ذهب إلى أنها خمسة عشر شرطاً، ومنهم من ذهب إلى أنها سبعة شروط، ومنهم من ذهب إلى أنها ثلاثة شروط. والحقيقة أنهم وان اختلفوا فى عدد الشروط، إلا أنهم قد اتفقوا فى مضمونها . دكتور/ محمد سلام مدكور: القضاء فى الإسلام، ص٣٧ .

(٣) ذهب الحنفية إلي جواز تولي المرأة للقضاء فيما تصح فيه شهادتها ولا يجوز أن تقضى فيما لا تصح فيه شهادتها، وعليه فيجوز للمرأة عندهم تولي منصب القضاء فى كافة=

٢- العقل: وهذا الشرط مجمع عليه، بيد أن الفقهاء لم يكتفوا بالقدر الذى تعلق به التكليف وإنما تطلبوا فوق ذلك أن يكون الشخص على درجة من الذكاء والفطنة تسمح له بإيضاح ما أشكل فهمه.

٣- الحرية: فيشترط أن يكون القاضى حراً، حيث لا يجوز للرقيق تولى منصب القضاء لأنه فاقد الولاية على نفسه وذلك يمنع من انعقاد ولايته علي غيره، كما أن الرق مانع من قبول الشهادة. ويجوز لمن أعتق أن يتولي منصب القضاء.

٤- الإسلام: وذلك لأن الكفر يمنع من قبول الشهادة، فالاسلام شرط فى جواز الشهادة على المسلم، وحيث أن أهلية القضاء ترتبط بأهلية الشهادة، فإن غير المسلم لا يجوز له أن يتولى القضاء بين المسلمين لأنه ليس أهلاً لذلك[1].

= المنازعات باستثناء الحدود والقصاص حيث لا تجوز شهادة المرأة فيها. بدائع الصنائع للكاسانى، الجزء السابع، ص٣ .

وقد ذهب إبن جرير الطبرى إلى أن المرأة يجوز قضاؤها فى جميع الأحكام، واستند فى ذلك إلى أنه يجوز منها الفتوى فى كل مسألة من المسائل الفقهية، وبالقياس على ذلك فإنه يجوز لها القضاء فى المسائل المتنازع فيها. المغنى لإبن قدامة، الجزء التاسع، ص٣٩ .

(١) يرى الأحناف جواز تولى غير المسلم (الذمى) القضاء بين غير المسلمين (الذميين) لأنه أهل للشهادة عليهم.

ويذهب الأستاذ الدكتور/ محمد سلام مدكور : إلى أنه يجوز لأهل الذمة تولي القضاء بين المسلمين فى كافة المسائل باستثناء مسائل الأحوال الشخصية، على أساس أنه يجوز لهم الشهادة فى كافة المسائل باستثناء الأحوال الشخصية فى حالات الضرورة. أنظر مؤلف سيادته: القضاء فى الإسلام، ص٣٨ .

= وإذا كان الحنفية يرون جواز تولية غير المسلم القضاء على غير المسلمين، إلا أن الراجح هو رأى الجمهور والذى ينتهى إلى عدم جواز تولية غير المسلم القضاء حتى بين غير المسلمين، والدليل على ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين لم يقم أى منهم بتولية غير مسلم وظيفة القضاء. وهذا يتمشى مع منطق الأمور على أساس أن القضاء أحد مظاهر السلطة، والسلطة فى الدولة الإسلامية للمسلمين، والدول المختلفة تقوم على أساس وحدة القضاء فيها لا تعدده، والدولة الإسلامية تقوم أصلاً على وحدة القانون ومن ثم وحدة القضاء.

ونعتقد - مع جانب من الفقهاء - أن رأى الحنفية عندما قالوا بجواز تولى غير المسلمين القضاء بين أهل الذمة، أرادوا القول بجواز تحكيم غير المسلمين بين غير المسلمين. وهذا ما توصل إليه «الماوردى» عندما قال: «وقال أبو حنيفة يجوز تقليده القضاء بين أهل دينه، هذا إن كان عرف الولاة بتقليده جارياً، فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس تقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمة لالتزامهم له لا للزومه عليهم ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم. وإذا امتنعوا عن تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ». أنظر مؤلف: الأحكام السلطانية، ص٦٢ . وهذا هو ما إنتهى إليه الأستاذ الدكتور/ أحمد سلامه حيث قال: «قام الإسلام على مبدأ التسامح وترك للذميين في داره أن يزاولوا طقوسهم الدينية وأن يستعينوا فى فض منازعتهم ومشاكلهم ذات الصفة الدينية برؤسائهم الدينيين وبدا ذلك جلياً فى مسائل الزواج. ولكن أبداً لم يسمح لهم إقامة عدالة طائفية أو دينية، وذلك لأن الشريعة الإسلامية تقوم كسائر الأنظمة القانونية على مبدأ وحدة القانون ووحدة القضاء». أنظر مؤلف سيادته: الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والأجانب، طبعة ١٩٦٠، ص١٠٧ .

فالأرجح أن الذمى إذا نظر فى نزاع خاص بذميين فإن ذلك يكون على سبيل التحكيم، والتحكيم جائز لأى شخص سواء كان من المسلمين أو من أهل الذمة. والحكم الذى يجلس للتحكيم يعرفه الفقهاء: «القاضى الذى تراضى الخصمان به ليحكم بينهما مع وجود قاضى منصوب». دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، طبعة ١٩٨١، الناشر دار الفكر العربى، ص ١٣٣ .

٥- العدالة: وهى شرط معتبر فى كل ولاية[١]، ولذلك ذهب الإمام الشافعى إلى وجوب أن يكون القاضى عادلاً، لأن العدل من أهل الشهادة، أما الفاسق فإنه ليس من أهل الشهادة، ومن ثم لا يجوز له تولي منصب القضاء. بينما لم يشترط الحنفية العدالة فيمن يتولى منصب القضاء، ولهذا أجازوا أن يكون القاضى فاسقاً بشرط أن يكون قضاؤه موافقاً لأحكام الشرع والقوانين الموضوعة له[٢].

٦- سلامة السمع والبصر والنطق: وذلك حتى يؤدى عمله على أكمل وجه، ويستطيع التمييز بين الحق والباطل[٣]. ولا يشترط فى القاضى سلامة الأعضاء - وإن كان هذا شرط لازم لتولي الإمامة - فيجوز أن يقضى وإن كان مقعداً، وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لذوى الولاية[٤].

٧- أن يكون من أهل الاجتهاد: فيجب أن يكون القاضى من أهل الاجتهادعالماً بالأحكام الشرعية[٥]، ولديه القدرة على استنباط الأحكام من

---

(١) معنى العدالة أن يكون القاضى صادق اللهجة، عفيفاً عن المحارم متوقياً للمآثم، بعيداً عن الريب، ومأموناً فى الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله فى دينه ودنياه.

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى، الجزء السابع، ص٣ .

(٣) أجاز الإمام مالك وبعض الشافعية أن يكون القاضى ضريراً على أساس أن الرسول صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم على المدينة، وأن هذا الاستخلاف كان عاماً، ومن ثم كان يشمل القضاء وإمامه الصلاة. دكتور/ محمد سلام مدكور: القضاء فى الإسلام، ص٤٣ .

(٤) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر، ص٤٤٦ .

(٥) يقتضى هذا العلم معرفته بأصول أربعة:

=

الأدلة فى الوقائع التى لم يرد بشأنها نص[١].

خامساً: اختصاص القضاة:

قد يكون إختصاص القاضى عاماً يشمل جميع المنازعات والدعاوى التى ترفع إليه من أى فرد يقيم فى دائرة اختصاصه، كما يجوز أن يكون اختصاصه قاصراً على نوع معين من الدعاوى أو طائفة معينة من الخصوم، أو مقيداً بدائرة اختصاص لا تشمل إلا أحد جانبى البلد الذى عين به، وفى هذه الحالة لا تنفذ أحكامه إلا على طائفة الخصوم أو في الجزء من البلد الذى تشمله ولايته[٢]. وبذلك فقد عرف الفقه الإسلامى المعايير المعروفة حالياً فى القوانين الإجرائية لتحديد اختصاص القاضى بنظر المنازعات.

وإذا كان الفصل فى الخصومات هو الاختصاص الأصيل للقضاة، إلا أنه فى أواخر العصر الأموى أنشئ ديوان الأحباس أو الأوقاف، وكان

= أ- معرفة بكتاب الله بما تضمنه من الأحكام ناسخاً ومنسوخاً، ومحكماً ومتشابه، والعاماً والخاصاً، والمجملاً والمفسراً.

ب- علمه بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم الثابتة من أفعاله وأقواله وطرق مجيئها فى التواتر والآحاد، والصحة والفساد، وماكان على سبب أو إطلاق.

ج- علمه بأقاويل السلف فيما أجمعوا عليه واختلفوا فيه، ليتبع الإجماع ويجتهد برأيه مع الاختلاف.

د- علمه بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها إلى الأصول المنطوق بها والمجمع عليها.

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسي: تاريخ القانون فى مصر بعد الفتح الإسلامى، ص١٣٥ .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر، ص٤٤٩

القضاة يتولون الإشراف عليه، وكان قبل ذلك فى أيدى أهلها وفى أيدى أوصيائهم. كما نيط بالقضاة أمور دينية مثل رؤية هلال رمضان، وأضيف إلى القضاة فى العصر العباسى اختصاص ولائى هو النظر فى وصايا المسلمين وأوقافهم والنظر في أمور الحجر على المجانين والسفهاء، والنظر فى مصالح الطرقات والأبنية قبل أن تنشأ ولاية المحتسب(١).

سادساً: الوظائف ذات الاختصاص القضائى:

باتساع ارجاء الدولة الإسلامية وإزدياد العمران ظهرت بعض الوظائف ذات الاختصاص القضائى، يقضى فيها بموجب السياسة - أى بمقتضى روح العدل والانصاف - دون مراجعة الأحكام الشرعية، وخرجت بذلك من اختصاص القاضى ودخلت فى اختصاص أصحاب هذه الوظائف.

أ- ولاية المظالم:

نظراً لسيطرة الوازع الدينى على المسلمين فى صدر الإسلام، فعمدوا إلى اتباع الحق وإنصاف المظلوم، وكانت خلافاتهم لا تقوم على إنكار الحق، بل فى أمور يشتبه عليهم وجه الحق فيها، فيلجأون إلى القضاء لإظهار حكم الشرع، ويذعنون إليه بنفس راضية(٢). وكانت أحكام

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٤٣ .

(٢) ترجع الأصول الأولى لفكرة ولاية المظالم إلى العصر الجاهلى، فحين كثر فى قريش الزعماء وانتشرت فيهم الرياسة وشاهدوا من التغالب والتجاذب مالم يكفهم عنه سلطان =

القـضاء نافـذة على الحكام قـبل المحكومين، فلم تكن هناك حـاجة لوجـود جهاز آخر غير القضاء يناط به مهمة إنصاف المظلومين، ولذلك كانت ولاية المظالم متداخلة مع ولاية القضاء[١].

ولكن بعـد أن ضعف الـوزاع الدينى انتشـر الظلم وجـاهر الناس به وامتنـع بعض ذوى الجاه والسلطان عن تنفـيذ أحكام القـضاء وخـاصة فى عهـد بنى أميـه عندما أخذ ولاتهم يـغتصـبون أموال الناس، ويـشتطون في جمع الضرائب ويظلمون أصحاب الحقوق فى بيت المال ويمتنعون عن تنفيذ أحكام القضـاء، فاحتـاجو إلى من يردعـهم ويعيد الحـقوق إلى أصحـابها. فنشأت ولايـة المظالم لإنفاذ ما عـجز عنه القـضاء، واسـتقلت عن القـضاء وتحددت اختصاصاتها[٢].

= قاهر، عـقدوا حلفـاً على رد المظالم وإنصاف المظلوم من الظـالم، وكان سبـبه كـما حكى الزبير بن بكار: «أن رجلاً من اليمن من بـنى زيد قدم إلى مكة معتمراً ببضاعـة، فاشتراها منه رجل من بنى سـهم - قيل أنه العـاص بن وائل - وامتنع عن دفع الـثمن. فلمـا عيل صبر الرجل جـاهر بظلامته حول الكعـبة بين رجال من قريش، وكان من نتـيجة ذلك أن اجتمـعت بطون قريش فى دار عبد الله بن جدعـان وتحالفوا على رد المظالم بمكة، وأن لا يظلم أحد إلا منعوه، وأخذوا للمظلوم حقه». وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يومئذ معـهم وهو إبن خمسـة وعشرين سنة. ويسـمى هذا الحلف بحلف الفضول، وقـد ذكره الرسول صلى الله عـليه وسلم فقـال: «لقد شهـدت حلف الفضول فى دار عـبد الله بن جدعان، ولو دعيت إليه فى الإسلام لأجبت».

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٥٧.

(٢) دكـتـور/ أحمـد إبراهيم حـسن: تاريخ الـقانون المصـرى فى العـصـرين الإسـلامى =

وأول من خصص يوماً للنظر فى المظالم هو الخليفة الأموى عبد الملك بن مروان، وسار على هذه السنة كل الخلفاء من بعده حتى أيام المهدى من بنى العباس. وبعد ذلك جرى الخلفاء على تفويض أمر المظالم إلى شخص من ذوى الكفاءة، ومع تفكك الدولة ضعفت سلطة الخليفة واستقل أمراء الأقاليم بنظر المظالم. والأصل أنه يجوز لكل صاحب ولاية عامة (الوزير أو أمير الإقليم) أن ينظر فى المظالم ولو لم يفوض فيها من الخليفة، وبهذه الصفة باشر ولاة الأقاليم نظر المظالم واستأثروا بها(١).

وولاية المظالم تجمع بين خصائص القضاء والتنفيذ معاً، ولذلك لا يسمى من يتولاها قاضياً بل يسمى صاحب المظالم أو ناظر المظالم. ومجلس المظالم يضم بجانب متوليها كلاً من : ١- الأعوان: للتغلب على من يلجأ إلى العنف أو يحاول الفرار من وجه القضاء. ٢- القضاة: للإحاطة بما يصدر من أحكام لرد الحقوق إلى أصحابها حتى يتمكنوا من تطبيقها على ما يعرض أمامهم من القضايا فى جلساتهم، ٣- الفقهاء: حيث يرجع إليهم صاحب المظالم فيما أشكل عليه من المسائل الشرعية، ٤ - الكتاب: لتدوين أقوال الخصوم وإثبات مالهم وما عليهم من الحقوق،

= والرومانى، ص٢٥٨ .

عرف ابن خلدون ولاية المظالم بأنها وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء، وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين، وتزجر المعتدى، وكأنه يمضى ما عجز القضاة أو غيرهم عنه. أنظر مقدمة ابن خلدون، ص١٩١ .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٤٧ .

٥- الشهود: لإثبات ما يعرفونه عن الخصوم والشهادة على أن ما أصدره ناظر المظالم لا ينافى الحق والعدل[١].

ويختص صاحب المظالم بنظر الأمور الآتية: تعدى الولاة على الرعية وجور العمال فيما يجبونه من الأموال، تلاعب كتاب الدواوين بأموال الدولة وتظلم أصحاب الرواتب والعطاء من نقص أو تأخير أرزاقهم، رد الغصوب، نظر أو تنفيذ ما عجز القضاة أورجال الحسبة عن تنفيذه أو نظره. وهو يختص بنظر الأمور الثلاثة الأولى دون حاجة إلى متظلم[٢]. ويتضح من اختصاصات صاحب المظالم أن الغرض الأساسى من إنشاء ديوان المظالم هو وقف تعدى ذوى الجاه والسلطان، ولذلك كانت تسند رئاسته إلي من يقدر على ذلك[٣].

---

(١) الماوردى: الأحكام السلطانية، ص٧١ ومابعدها.

(٢) الماوردى: الأحاكم السلطانية، ص٨٠ ومابعدها.

ويري البعض أن ديوان المظالم يعد بمثابة محكمة إستئنافية، تعرض عيه القضايا التى عجز القاضى عن تنفيذ حكمه فيها بسبب أن المحكوم عليه من أصحاب الجاه والسلطان، أو إذا لجأ إليه المتقاضون لاعتقادهم أن القاضى لم يحكم بينهم بالعدل. دكتور/ ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص٣٩٩ .

بينما يرى أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب أن ولاية المظالم تتشابه من بعض الوجوه مع نظام القضاء الإدارى المعاصر ونظام المدعى الإشتراكى ومحكمة القيم، لأن الغرض من إنشائه مساءلة أصحاب النفوذ والسلطان من ولاة وعمال الدولة أو أفراد من ذوى الجاه والسلطان. أنظر مؤلف سيادته: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٤٨ .

(٣) لذلك اشترط الفقهاء فى من يتولاها أن يكون «جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، =

ووالى المظالم لا يتقيد فى الإثبات بالقواعد التى يلتزم بها القاضى، فهو «أفسح مجالاً وأوسع مقالا»، أى يحكم بمقتضى روح العدل والإنصاف. ويترخص فى الإثبات بالإعتماد على الإمارات والدلائل، ويستطيع رد الخصوم ليفصل فى النزاع بطريق التصالح، ويستطيع أن يستدعى الشهود وإحلافهم، كما أن له حق تأديب من ظهر ظلمه(١).

ب- الحسبة:

الحسبة هى: الأمر بالمعروف إذا ظهر تركة، والنهى عن المنكر إذا ظهرفعله(٢). والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فرض كفاية على كل المسلمين(٣)، ولذلك وجب على كل المسلمين القيام به(٤). وقد كان المسلمون الأوائل يأتمرون بالمعروف ويتناهون عن المنكر بالوعظ واللوم والتأنيب، وكان قوة الوازع الدينى يردعهم عن الخروج على أوامر الدين أو

= ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، لأنه يحتاج فى نظره إلى سطوة الحماة، وثبت القضاة، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر فى الجهتين. ولذلك كانت رتبته أعلى من رتبة القاضى». الماوردى: الأحكام السلطانية ص٧٧.

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٤٨.

(٢) الماوردى: الأحكام السلطانية، ص٢٤٠

(٣) لقوله تبارك وتعالى: «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر». سورة آل عمران، الآية ١٠٤.

(٤) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٥١.

إتيان المنكر. ولكن بعد ازدياد الفتوحات الإسلامية واتساع رقعة الدولة وإختلاط المسلمين بغيرهم من الشعوب، ضعف الوازع الدينى لديهم وانصرفوا إلى الدنيا. ولما كان ترك الأفراد - بعد قيام الدولة - يطبقون مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، يتعارض مع سلطة الدولة وولايتها العامة، لذلك بادرت الدولة الإسلامية إلى إنشاء ولاية الحسبة، وكان يطلق على من يتولاها «المحتسب»[1]. وبذلك يكون الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر تحول من فرض كفاية على كافة المسلمين، إلي فرض عين على المحتسب[2]. وكان عمر بن الخطاب أول من وضع نظام الحسبة، وكان يقوم بعمل المحتسب بنفسه، بيد أنها ظهرت كوظيفة مستقلة - على الأرجح - في العصر العباسى.

واختصاصات المحتسب كانت واسعة للغاية، فهى تشمل مسائل دينية وأمور إدارية وأخرى قضائية. أما اختصاصات المحتسب الدينية فكانت تتمثل فى مراعاة أحكام الشرع والبحث عن المنكرات الظاهرة، مثل مراعاة إقامة العبادات وخاصة صلاة الجماعة كالجمع والأعياد، والعمل على إقامتها فى أوقاتها، وتأديب من يفطر جهراً فى نهار رمضان، ومنع الناس من مواقف الشك والريبة، وتأديب من يظهر الخمر ويجاهر به - حتى ولو كان ذمياً - فيؤدبه ويريق الخمر، وغير ذلك من الأمور التى حرمها الشرع. غير أن المحتسب ليس له فى هذا الصدد سوى العمل على إقامة الشعائر ومحاربة المنكر الظاهر، فليس للمحتسب فى تتبع ذلك أن

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٦٢.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون في مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، ص١٥١

يهتك الستر ويتجسس، بل يأخذ بالظاهر مالم تدل عليه الإمارات والقرائن(١).

أما فيما يتعلق باختصاصات المحتسب الإدارية فهى تدور حول فكرة تحقيق المصلحة العامة، ومن هذا المنطلق يتولى المحتسب تأمين سير المرافق العامة، كتأمين مياة الشرب للمدينة وصيانة طرقاتها وساحتها وحفظها من التجاوز عليها أو إشغالها، فيعمل على عدم بروز الحوانيت حتى لا يعوق ذلك المرور، وعلى عدم مضايقة الناس في الطرقات. كما يتولى أيضاً ما نسميه اليوم بالحفاظ على السلامة العامة والصحة العامة، فيناط بالمحتسب تحقيق السلامة العامة وذلك كأن يحكم بهدم المبانى المتداعية للسقوط حتى لا تقع على المارة، ويمنع أصحاب السفن من حمل مالاتسعه خوفاً عليها من الغرق، كما يناط به أيضاً تحقيق الصحة العامة ولذلك كان يشرف على السلع المعروضة فى الأسواق(٢).

أما الاختصاص القضائى للمحتسب فيتمثل فى قيامه بمراقبة المعاملات اليومية التى تجرى فى الأسواق، وفض المنازعات الجارية فى البيوع بين المتعاملين فى الأسواق والتى تتعلق بالغش والتدليس والموازين والمكاييل. وله أن ينظر فى هذه الدعاوى من تلقاء نفسه أو بناء على ادعاء الخصوم(٣).

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٦٤ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٦٤ .

(٣) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٦٥ .

المبحث الثانى

تنظيم السلطة القضائية فى مصر الإسلامية

جرت عادة الخلفاء الراشدين على تعيين القضاة مباشرة فى الولايات ومن بينها مصر، وعندما فتح عمرو بن العاص مصر، كتب إليه الخليفة عمر بن الخطاب أن يولى القضاء لكعب بن يسار بن ضنة، ولكنه أبى أن يقبل القضاء مما حدا بعمرو بن العاص إلى إختيار عثمان بن قيس بن أبى العاص ووافق الخليفة عمر على ذلك التعيين. وقد استمر الولاة فى إتباع النهج الذى سلكه عمرو بن العاص وظلوا كذلك طوال أيام الخلفاء الراشدين والخلافة الأموية[١]. وإعتباراً من خلافة أبى جعفر المنصور عاد الخلفاء إلى تعيين القضاة فى مصر بأنفسهم واستبعدوا الولاة من القيام بذلك نيابة عنهم، ولكن الخلافة العباسية سرعان مادب فيها الضعف فرجع ولاتهم فى مصر إلى عادتهم القديمة فى تعيين القضاة[٢].

---

(١) ورغم كون الوالى على رأس الإدارة فى مصر، ورغم قيامه بتعيين القاضى فى أغلب الأحيان، إلا أن قاضى مصر كان مستقلاً عن الوالى وغير مرتبط به. ولذلك لوحظ أن القاضى كان أكثر استقراراً فى منصبه، إذ هو بعيد عن السياسة من جهة كما أن استقراره في منصبه مطلوب لحسن سير العدالة من جهة أخرى.

دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص١٢٦ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى : تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٣٠٣ .

وكان القضاة يختارون من أهل الفضل والعلم والاجتهاد، إذ لم يكن هناك قانون مدون يلزم القاضى باتباعه. وبالرغم من ظهور المذاهب الأربعة وتدوين أحكام الفقه، إلا أن القضاء فى تلك العصور لم يكن تابعاً لمذهب بعينه ولا مقيداً برأى دون غيره، فلم تجعل الدولة لها فى تلك العصور قانوناً مسطوراً مدوناً بل لم تختر مذهباً من المذاهب تعمل به وتسير على منهاجه وتأخذ الرعية بمافيه من أحكام، بل ترك الأمر إلى رأى القاضى واجتهاده، وهكذا فإن القضاة كانوا يفصلون فى النزاع طبقاً للقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وما يوحيه إليهم اجتهادهم(٣).

وعندما آلت الخلافة فى مصر إلى الفاطميين اهتموا اهتماماً كبيراً بتنظيم الفكر الشيعي ونشره على أوسع نطاق، فأصبح الأزهر جامعة شيعية تدرس فيها مبادئ التشيع، واستحدثوا وظيفة داعى الدعاة الذى نيط به الإشراف على الدعاية للمذهب ونشره فى العاصمة والأقاليم. كذلك تم إنشاء وظيفة قاضى القضاة والذى كان يقوم بتعيين وكلاء عنه فى أنحاء المدن المصرية. وكثيراً ما كانت تسند أعمال داعى الدعاة إلى قاضى القضاة(٤). ولما كان الفاطميون يدينون بالمذهب الشيعى، لذلك أنكروا

---

(٣) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية في مصر، ص٤٦٠ .

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أنه عندما ظهرت المذاهب الكبرى لم يعد القاضى مجتهداً، وإنما انقلب إلى مجرد ناقل عن مذهب معين.

(٤) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر، ص٤٦٥ .

• Dr. A.M. Magued: La fonction de juge supreme dans l'etat fatimide en Egypte, Revue L'egypte contemporaine, Le Caire, Janvier 1960, No 299, P. 45 ets. =

سائر المذاهب الأخرى، وعمل بالمذهب الشعبي في القضاء والفتيا. إلا أن الفاطميين لم يسيروا على قاعدة إسناد القضاء للشيعة فقط، فقد قاموا بتعيين قضاة سنيين في بعض الأحيان القليلة شريطة خضوعهم لأحكام المذهب الشيعي[١]. بيد أن كل ذلك لم يضعف من تشبث المصريين بمذهب الشافعي ومالك الذين كانا لهما السيادة في مصر قبل دخول الفاطميين فيها، مما اضطر الفاطميين في أواخر عهدهم إلى اتباع نظام تعدد المذاهب، فقد ولى أبو على بن الأفضل ابن أمير الجيوش بدر الجمالي وزير الخليفة الحافظ (٥٢٤ - ٥٤٤هـ) أربعة من القضاة: إثنين من الشيعة، واثنين من السنيين، وكان القاضيان الشيعيان أحدهما إمامياً والآخر إسماعيلياً، أما القاضيان السنيان فكان أحدهما شافعياً والآخر مالكياً، وكان لكل قاضي السلطة المطلقة في إصدار أحكامه وفق مذهبه[٢].

وفي عهد الدولة الأيوبية قام صلاح الدين الأيوبي بتأسيس مدرستين لتعليم الفقه، احدهما على مذهب الإمام الشافعي والأخرى على مذهب الإمام مالك. ثم صرف جميع قضاة الشيعة وعين بدلهم قضاة من السنيين الشافعية الذى كان يدين بمذهبهم. وبذلك أخذ المصريون يرجعون شيئاً فشيئاً إلى المذهب السنى الذى كانت له السيادة قبل الدولة الفاطمية، وأخذ

= • Dr. A. M. Magued: De quelques juridictions Fatimides en Egypte, Revue L'egypte Contemporaine, Le Caire, Juillet 1961, No 305, p. 47 ets.

(١) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات في نظرية العقد فى القانون الرومانى» ، ص٣٩٧ .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر، ص٤٦٦ .

المذهب الشيعى ينقرض من مصر إلى أن قضى عليه تماماً، وهكذا درج الأيوبيون على تعيين القضاة من السنيين بين مالكية وشافعية، ثم اقتصر القضاء على مذهب الشافعية (وذلك حينما فوض صلاح الدين القضاء لصدر الدين بن عبد الملك بن درباس الشافعي، الذى لم يكن يعين أحداً من القضاة فى الأقاليم إلا من كان شافعياً) ومن ثم إنتشر المذهب الشافعى فى مصر[١].

وقد استمر الحال فى العصر المملوكى على ذات المنوال، أى خضوع القضاء لأقوال المذهب الشافعي، ولكن السلطان المملوكى الظاهر بيبرس قرر تعيين قاضى قضاة لكل مذهب من المذاهب السنية الأربعة: ولكن الثابت أن القاضى الشافعى ظل يتمتع بأهميته، وقد تلاه فى الأهمية القاضى الحنفى لانتشار المذهب الحنفى لدى الأتراك - والمماليك كان معظمهم من بينهم - ثم نجد القاضى المالكى وأخيراً القاضى الحنبلى[٢].
وقد أدخل المماليك القوانين التترية فى مصر، فطبقوا مجموعة الأحكام التى وضعها ملك التتار جنكيز خان المسماه «السياسة» على المسائل المدينة والتجارية وفوضوا أمر النظر فيها إلى شخص يسمى «الحاجب»، أما القاضى الشرعى فقد منع من النظر فى هذه المسائل واقتصرت ولايته على الفصل فى مسائل الأحوال الشخصية والأحباس (الأوقاف) والأمور

---

(١) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات في نظرية العقد فى القانون الرومانى» ، ص٣٩٩ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الروماني والإسلامى»، ص٣٠٦ .

الدينية[١].

وعندما فتح العثمانيون مصر كانت دائرة اختصاص القضاء الشرعى ضيقة للغاية، وبالتالى كانت دائرة تطبيق الشريعة الإسلامية ضيقة أيضاً. فقام السلطان سليم الأول بإلغاء قضاء الحاجب ومنع تطبيق القوانين التترية وأعاد للقضاء الشرعى اختصاصه بالفصل فى كافة الأمور طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. كذلك قام السلطان سليمان القانونى بعزل قضاة المذاهب الأربعة ونوابهم وعين قاضياً تركياً سمي بقاضى العسكر أو قاضى مصر، ليكون على رأس القضاء فى مصر، وهو بمثابة قاضى القضاة، وقد ظل حق تعيينه قاصراً على الخليفة العثمانى حتى تم إلغاؤه فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ عندما انفصلت علاقة مصر بالدولة العثمانية. وقد كان قاضى القضاة يرسل من الأستانة لمدة معينة، ويختص بالقضاء وفقاً للمذهب الحنفى لكونه المذهب الرسمى للدولة العثمانية. وقد عين قاضى القضاة العثمانى أربعة نواب له من العثمانيين يمثل كل منهم مذهباً من المذاهب الفقهية الأربعة، وعين لكل نائب عثمانى نائباً مصرياً يقوم بمساعدته فى

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر، ص٤٧٠ .

«وقد لعب القضاة فى عصر المماليك دوراً سياسياً هاماً، حيث كانوا يمثلون حلقة الاتصال بين الشعب والسلطان، ولهذا كان السلطان يستشيرهم فى المسائل الهامة التى تتعرض لها البلاد. ولذلك كان يطلق عليهم أهل الحل والعقد، وقد كان لهم بصفتهم هذه مبايعة السلطان، كما كانوا أيضاً أداة فى يد السلطة لمبايعة الخليفة العباسى الموجود بالقاهرة أو عزله».

دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٢٧٠

القضاء بمذهبه[١].

وقد أصيب القضاء الإسلامى فى العصر العثمانى فى مصر بطعنة فى الصميم نتيجة ظهور ما سمى بالامتيازات الأجنبية. إذ أن السلطان العثمانى

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٦٢ - ١٦٣ .

«وفى العصر العثمانى لحق الاضطراب القضاء نظراً لبيع وظائفه، إذ كان قاضى القضاة الذى يعينه الباب العالى لمدة معينة - سنة أو سنتان - يدفع مبلغاً من المال لشيخ الإسلام بالأستانة حتى يتم تعيينه، ومن ثم كان يحصله ببيع قضاء المديريات بالمزاد العلنى، ويرسو على من يدفع الثمن الأعلى، ومن يرسو عليه المزاد يبيع بدوره كل أو بعض القضاء الذى تولاه، وهكذا كانت مناصب القضاء تعرض فى سوق المساومة. وما من شك فى أن القضاة الذين يشترون مناصبهم إنما ينظرون إليها كوسيلة لابتزاز الأموال، ذلك أنه لم يكن للقضاة مرتبات من الخزانة العامة، كما لم يكن للتقاضى رسوم معلومة، بل كان كل قاضى يتقاضى فى كل دعوى وبالنسبة لكل عقد ما يقدره بمحض مشيئته من رسوم عالية. فليس بغريب إذن أن يتورع كبار العلماء عن تقلد منصب القضاء، وهذا وحده دليل كاف على انحطاط منزلة القضاء فى العصر التركى». دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى»، ص٤٠١

أنظر فى تفضيلات التنظيم القضائى فى مصر أثناء العصر العثمانى:

- دكتور/ فتحى المرصفاوى : أصول التنظيم القضائى فى مصر أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، طبعة ١٩٨٨، الناشر دار النهضة العربية.

- دكتور / محمد نور فرحات: القضاء الشرعى فى مصر فى العصر العثمانى، طبعة ١٩٨٨، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب.

سليمان القانونى قد أبرم معاهدة مع ملك فرنسا عام ١٥٣٥ سمح للفرنسيين بمقتضاها بتعيين قناصل لهم فى أنحاء الدولة العثمانية، ومنح هؤلاء القناصل اختصاص الفصل فى القضايا - مدنية كانت أم جنائية - الخاصة بالرعايا الفرنسيين ويطبق فى ذلك أحكام القانون الفرنسى . ومعنى هذا إهدار مبدأ إقليمية الشريعة الإسلامية، بل لقد وصل الأمر بعد ذلك إلى أن القضايا التى يكون أحد أطرافها فرنسياً يتم نظرها أمام القنصل الفرنسى ويطبق عليها أحكام القانون الفرنسى. وقد عمم السلاطين العثمانيون على بقية الدول الأوربية نظام الإمتيازات على نمط ما فعلوه مع الفرنسيين، حتى أصبح للأجانب فى مصر مركزاً متميزاً عن أهل البلاد الأصليين[١].

وفى عهد الحملة الفرنسية استمر القضاء على نظامه القديم، ثم مالبث بونابرت أن أحدث تغييراً كبيراً فى النظام القضائى المصرى[٢]، فقام بإنشاء محكمة أطلق عليها اسم «محكمة القضايا» وتتكون من إثنى عشر تاجراً نصفهم من الأقباط والنصف الاخر من المسلمين، وعينوا ملطى القبطى رئيساً لهذه المحكمة. وقد اختصت هذه المحكمة بالنظر فى أمور التجار والعامة فى المواريث وكافة الدعاوى[٣]. بيد أن تلك المحاولة لم

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والاسلامى» ، ص٣٠٧ .

(٢) يرجع السبب الرئيسى فى ذلك التغيير إلى خروج قاضي القضاة التركى على السلطة الفرنسية أثناء الحملة على الشام، وإنضمامه إلى أمير الحج فى ثورته على الفرنسيين. فعزم نابليون على أن يحدث تغييراً حاسماً فى القضاء.

(٣) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتطور النظم القانونية فى مصر، ص٤٧٤ .

يكتب لها النجاح فأعاد الفرنسيون للقاضى الشرعى اختصاصه، وطلب من جمعية العلماء اختيار أحد العلماء لتولى منصب قاضى القضاة، وكانت هذه هى المرة الأولى التى يولى فيها قاضى القضاة بانتخاب علماء مصر. كما أصدر نابليون أمراً آخر فى ٤ يوليو عام ١٧٩٩ بتحديد الرسوم القضائية باثنين فى المائة من قيمة النزاع، على أن توزع حصيلتها على القضاة والكتبة. ويمثل انتخاب قاضى القضاة وتحديد الرسوم القضائية تطوراً هاماً فى إصلاح النظام القضائى فى مصر[١].

صاحب المظالم فى مصر الإسلامية:

عندما تولى السلطة فى مصر أحمد بن طولون سار على نفس الطريق الذى كان يسير عليه خلفاء المسلمين من الأمويين والعباسيين، حيث تولى بنفسه نظر المظالم وخصص يومين كل أسبوع لنظرها. وكذلك سار الاخشيديين على نفس الطريق، حيث كان كافور الإخشيدى يخصص يوم السبت من كل أسبوع لنظر مظالم الرعية[٢].

وفى عهد الخلافة الفاطمية، ونظراً للأعباء الكثيرة الملقاة على عاتق الخليفة، وتفشى البيروقراطية وتضخم عدد الموظفين بمصر فى ذلك الحين، نجد قضاء المظالم قد أصبح من اختصاص رجل يحمل لقب «قاضى المظالم» أو «صاحب ديوان المظالم». وقد كان ذلك الشخص محل ثقة الخليفة الفاطمى، كما كان عظيم الهيبة. وقد كان لوزير التفويض سلطة

---

(١) دكتور/ عبد المجيد محمد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى» ، ص٤٠٣ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص١٣٩ .

نظر المظالم باعتبارها داخلة فى سلطته العامة[١].

أما في العهد المملوكى فقد كان نظر المظالم من اختصاص السلطان نفسه، بل لقد احتفظ سلاطين المماليك بتلك المهمة حتى بعد أن انتقلت الخلافة العباسية إلى مصر واستقرت بها. وإن كان فى بعض الأحيان نصادف أن السلطان قد أناب عنه فى نظر المظالم أحد كبار معاونيه، كنائب السلطان أو حاجب الحجاب، أو الوزير[٢].

المحتسب فى مصر الإسلامية:

نظراً لأن المحتسب كان يقيم بعاصمة الخلافة (دمشق أو بغداد)، فعندما استقلت الإدارة المصرية فى العصر الفاطمى أصبح لمصر محتسب خاص بها، وظل الحال على ذلك بعد خضوع مصر للحكم الأيوبى والمملوكى. ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن وزير التفويض - نظراً لما تمتع به من سلطات واسعة - كان يقوم في بعض الأحيان بعمل المحتسب أو يعين من يقوم بهذه الوظيفة مكانه[٣].

والأصل أن يعين فى مصر محتسب واحد، ويكون لذلك المحتسب أن يعين نواباً عنه فى العاصمة وفى الأقاليم. أما فى العصر المملوكى فقد جرت العادة على تعيين ثلاثة محتسبين: واحد لمدينة الإسكندرية وماحولها،

---

(١) دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم الفاطميين ورسومهم فى مصر؛ الجزء الأول، ص١٥٦

(٢) دكتور/ عبد المنعم ماجد: دولة سلاطين المماليك ورسومهم فى مصر، الجزء الأول، ص١٠٧ .

(٣) الأستاذ/ عطية مصطفى مشرفة: القضاء فى الإسلام ، ص ٢٤٠ .

والثانى فى القاهرة ويشرف هو ونوابه على أقاليم الوجه البحرى، والثالث فى الجزء القديم من العاصمة الذى يشمل مدن الفسطاط والقطائع والعسكر ويشرف هو ونوابه على كافة أقاليم الوجه القبلى[١]. وقد كان محتسب القاهرة متميزاً عن زميليه باختصاصه دونهما بحق حضور مجلس المظالم مع السلطان أو من يتولي رئاسة ذلك المجلس بدلاً منه[٢].

---

(١) دكتور/ عبد المنعم ماجد: دولة سلاطين المماليك ورسومهم فى مصر، الجزء الأول، ص١١٤ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص١٤٤ .

الفصل السادس

نظام التجريم والعقاب فى مصر الإسلامية

كانت الشريعة الإسلامية فى مجال الجرائم والعقوبات هى النافذة فى مصر بعد الفتح الإسلامى، وظل الأمر على ذلك لعدة قرون، إلى أن جاءت الدولة العثمانية وأهدرت تطبيق الحدود الشرعية فى مصر. ثم تلى ذلك وبعد فترة من الزمن أن صدر فى عام ١٨٨٣ قانون العقوبات الأهلى وقانون تحقيق الجنايات الأهلى على نسق التشريع الفرنسى، كما أنشئت في نفس العام المحاكم الأهلية والتى اختصت بتطبيق أحكام هذين القانونين. وبذلك تم القضاء نهائياً علي مابقى من روح الشريعة الإسلامية فى مجال الجرائم والعقوبات، ليبدأ عصر جديد هو عصر التقنينات[١].

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد، أنه فى نفس فترة تطبيق الشريعة الإسلاميةفى مجال الجرائم والعقوبات، كان الحكام المسلمون يصدرون بعض التشريعات التى تنظم بعض المسائل الجنائية. فقد صدر فى العصر المملوكى فى مصر بعض القوانين التى تنظم الجرائم والعقوبات، مثل القانون الذى أصدره السلطان قايتباى. وقد إزدادت تلك التشريعات أثناء

---

(١) دكتور محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٧١ .

عهد الحكم العثمانى لمصر، وبصفة خاصة في عهد محمد على وأسرته(١).

---

(١) ومن أهم هذه القوانين: قانون نامة مصر الذى صدر في عهد السلطان العثمانى سليمان القانونى عام ٩٣١هـ - ١٥٢٥م من قبل السلطة المركزية فى الدولة العمثانية ليطبق فى مصر، والقوانين المتعددة التى صدرت فى عهد محمد على وأسرته لتنظيم المسائل الجنائية، ومن أهمها: قانون الفلاحة الصادر عام ١٢٤٥هـ - ١٨٣٠ م لتنظيم العمل الزراعى، والذى تضمن العديد من الجرائم التي تتعلق بالزراعة والفلاح. وقانون السياسة نامة الصادر عام ١٢٥٣هـ - ١٨٣٧م، والذى يتضمن تنظيم شئون الموظفين وعلاقتهم بالأفراد، ويبين الجرائم التى تصدر من الموظفين وعقوبتها. ولائحة الجسور الصادرة عام ١٢٥٨هـ - ١٨٤٢م، والتى تقرر مسئولية الأهالى عن صيانة الجسور. وقانون عمليات الجسور الصادر عام ١٢٥٨هـ - ١٨٤٢م، والذى كان ينظم مسئولية المهندسين عن أعمال الترع والجسور والرى. وقانون سياسة اللائحة الصادر عام ١٢٦٠هـ- ١٨٤٤م ، والذى ينظم مسئولية المستخدمين فى مصالح الميرى. وقانون نامة السياسة الصادر عام ١٢٥٩هـ- - ١٨٤٤م، والذى يتناول جرائم وعقوبات الملتزمين. وقانون جمعية الحقانية الصادر عام ١٢٦٠هـ - ١٨٤٤م. وقانون المنتخبات الصادر عام ١٢٦٥هـ- ١٨٤٨م، والذى تضمن أحكام القصاص والدية وسائر التشريعات التعزيزية التى استحدثها محمد على. والقانون الهمايونى الصادر عام ١٨٥٥م، والذى يتضمن أحكام الشريعة الإسلامية فى القصاص والدية والتى وصفت «بالشرع الشريف» وبعض الجرائم المقدر عقوبتها على غرار قانون العقوبات الفرنسى الصادر عام ١٨١٠م ، والذى ظل مطبقاً، تقوم المحكام الشرعية بتطبيق ما جاء به من أحكام بشأن القصاص والدية، وتقوم مجالس الأحكام بتطبيق ما عدا ذلك من أحكام جاءت به، إلى أن صدر قانون العقوبات الأهلى وقانون تحقيق الجنايات الأهلى عام ١٨٨٣م، وذلك على نسق القانون الفرنسى، والذى ترتب على تطبيقهما القضاء على مابقى من روح الشريعة الإسلامية فى مجال الجرائم والعقوبات، وليبدأ عصر جديد هو عصر التقنينات. دكتور محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١٨٨

المبحث الأول

نظام التجريم فى العصر الإسلامى

الجريمة فى الشريعة الإسلامية حسب تعريف الماوردى هى: «محظورات شرعية زجر الله عنهابحد أو تعزير». فهى كل سلوك أو فعل يرتكبه الإنسان ويكون محظوراً عليه شرعاً ارتكابه، ومقرراً له عقوبة توقع على من يرتكبه، وتلك العقوبة قد تكون حداً أو تعزيزاً.

وتقوم المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية علي أساس العقل والإرادة الحرة، ومن ثم فإن الشخص الذى يسأل عن الجريمة التى يرتكبها هو الشخص العاقل البالغ الذى ارتكب الفعل المنهي عنه بإرادته واختياره. وبذلك تقوم المسئولية الجنائية فى الإسلام على أسس ثلاث هى: ارتكاب فعل محرم، أن يكون الفاعل مدركاً، أن يكون الفاعل مختاراً[١]. ويشترط توافر هذه الأسس الثلاثة فى الشخص لكى يسأل عن جريمته ويوقع عليه العقوبة المقررة لها، أما إذا تخلف واحد من هذه الأسس فلا يوقع عليه العقاب على الرغم من ارتكابه الفعل[٢]. وترتيباً على ذلك فقد عرفت الشريعة الإسلامية الموانع التى تمنع من قيام المسئولية الجنائية ومن أهمها: صغر السن، الجنون، الإكراه. وفي هذه الحالات لا يسأل الشخص عن الجرائم التى ارتكبها، وأن كان فى بعض الحالات يسأل فى ماله عن

---

(١) المستشار / محمد بهجت عتيبة: محاضرات فى الفقه الجنائى الإسلامى، طبعة ١٩٨٧، الناشر دار الشباب للطباعة، ص ٦٨ .

(٢) دكتور/محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص ١٧٤ .

تعويض الضرر الذى سببه للغير[١].

وتنقسم الجرائم في الشريعة الإسلامية من حيث جسامة العقوبة إلى: جرائم الحدود، وجرائم القصاص أو الدية، وجرائم التعازير. وهذا التقسيم هو الذى كان متبعاً فى مصر عندما كانت الشريعة الإسلامية فى مجال التجريم والعقاب هى النظام القانونى النافذ، وكانت المحاكم الشرعية تقوم بتطبيقها على المنازعات التى تثور بين الأفراد[٢].

المبحث الثانى

نظام العقوبة فى العصر الإسلامى

يقوم النظام العقابي فى أى مجتمع بدور الحارس للقيم التي يحرص المجتمع على ترسيخها، فالمشرع لا يقدر العقوبة إلا من أجل حماية قيمة معينة يرى أنها جديرة بالحماية، لأن العقوبة تصيب من يحاول النيل من

---

(١) الأستاذ / فرج صالح الهريش: النظم العقابية «دراسة تحليلية فى النشأة والتطور»، الطبعة الأولى ١٩٩٢، الناشر الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته - ليبيا، ص ٢١٢ .

(٢) دكتور / محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٧٣ .

تنقسم الجرائم فى الشريعة الإسلامية إلى أقسام متنوعة تختلف باختلاف وجهة النظر إليهاباعتبارهاوقت كشفهاإلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها، وتنقسم بالنظر إليها من حيث طريقة ارتكابها إلى جرائم إيجابية وجرائم سلبية وإلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد، وإلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة، وتنقسم بالنظر إلى طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية. دكتور/ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، طبعة ١٩٧٧، الناشر دار التراث للطبع والنشر، ص ٧٥٨

هذه القيم أو الاعتداء عليها. ومن هنا كان منطقياً أن تختلف العقوبات وتتفاوت بين المجتمعات حسب فلسفة النظام فى كل منها ومدى نظرتها للقيم السائدة فيها[١].

ومن هذا المنطلق فقد قامت فلسفة العقوبة فى التشريع الإسلامى علي عدة أسس:

١- العمل علي منع الناس عن الجريمة قبل ارتكابها، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بمثابة تأديب للجانى وزجر لغيره عن إتيان مثلها. ولذلك قيل بحق: «إن العقوبات موانع وزواجر»، أى موانع قبل وقوع الفعل، زواجر بعد وقوعه. بمعنى أن العلم بها يمنع الإقدام على الجريمة وإيقاعها بعده يمنع العود إليها.

٢- أن تكون العقوبة مناسبة للجريمة حسب تدرج المعاصى وشدة الضرر وحدته أو خفته وقلته.

٣- أن يكون الهدف الأمثل إصلاح الجماعة تأديباً وتهذيباً[٢].

كذلك وضع الفقه الإسلامي شروطاً للعقوبة، تدور أيضاً فى نطاق الفلسفة العامة للتجريم والعقاب فى الشريع الإسلامى، وهى كالآتى:

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط في تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار نهضة الشرق، ص ٤٥٤ .

(٢) دكتور/محمود السقا: تاريخ القانون المصرى «العصر الإسلامى»، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار النهضة العربية، ص ٨٥ .

١- أن تكون العقوبة عامة للناس كافة، أى تحقق المساواة. فليس هناك امتياز لأحد، ولا يوجد فى الشريعة الإسلامية من هو فوق القانون[(١)].

٢- أن تكون العقوبة شخصية لا تتعدى الجاني إلى غيره، حيث أحل الشارع الإسلامى المسئولية الشخصية محل المسئولية الجماعية[(٢)].

٣- جعل الإسلام للدولة وحدها سلطة توقيع العقاب والتنفيذ، وذلك من أجل كفالة النظام والإستقرار فى المجتمع، لأن فكرة الانتقام الفردى أو العدالة الخاصة قد جرت المجتمعات قبل الإسلام إلى سلسلة من الحروب والصراعات[(٣)]. وإذا كان الشارع الإسلامى قد اعترف

---

(١) رسم الرسول صلى الله عليه وسلم هذا المبدأ حينما جاءة أحد الصحابة ليشفع فى إعفاء شريفه إقترفت جريمة سرقة فقال: «إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد. وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها».

(٢) وذلك عملاً بقوله تعالى: « لاتزر وازرة وزر أخرى»، وكذلك قوله جل شأنه: «كل نفس بما كسبت رهينة».

(٣) كان المجتمع العربى قبل الإسلام قائماً على نظرة إنتقامية للجريمة والعقوبة من منظور فكرة الانتقام الفردى وسيادة القضاء الخاص. وهذا كان موجوداً في كافة الشرائع القديمة، فقد كان للمجنى عليه أن يأخذ حقه غلاباً وبالطريقة التى يرتضيها، حيث لاقانون ينظم هذا الحق. وكانت النتيجة هى سيادة الحروب المستمرة واشتعال لهيبها بين القبائل المختلفة والتى لم يجف فيها الدم سنين عدداً. وكان الثأر عند عرب الجاهلية واجباً مقدساً ترتضيه الآلهة، وكان اللجوء إلى الثأر هو المسلك الأمثل لدى قوم صهرتهم الصحراء بطباعها الحادة، وألقى النظام القبلى بكل ثقله على وجدانهم السقيم=

للمجنى عليه أو وليه بحق العفو أو التنازل، فإن ذلك لايعنى سقوط حق المجتمع قبل الجانى[١].

٤- راعى المشرع فى الحدود صلاح الجماعة وزجر الجانى، ولما كانت الحدود صارمة فقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالاحتراز فى إقامة الحد، فلا يكفى الظن أو الشبهة[٢]. كما أن الحد لا يقام على من

= وبعد ذلك ظهرت الدية ثمناً لشراء حق الانتقام، ثم ظهر القصاص عند العرب وكان يطالب به أهل المجنى عليه وتلتزم به قبيلة الجانى، فإذا لم يصل المتخاصمون إلى حل عادل -سواء بدفع الدية أو القصاص أو الخلع - كان البديل هو الثأر والحرب والإنتقام الذى لا يبقى ولا يذر. تلك هى الصورة القاتمة الأليمة في عالم ما قبل الإسلام. دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى «العصر الإسلامى»، ص٨٠ .

(١) للقاضى فى هذه الحالة حق تعزيز الجانى، وله أن يطبق العقوبة التى يراها ملائمة، وذلك محافظة على صالح المجتمع وكيانه. وحرية القاضى واسعة فى تقدير ظروف كل حالة على حدة وعليه أن يجعل الجزاء متناسباً مع حجم الجرم، وسلطان القاضى هنا لا يتوقف على تحريك الدعوى من قبل المجنى عليه أو ولى دمه، وإنما يكفى أن يشعر القاضى بالجريمة عن طريق الدعوى العامة، وليس للمجنى عليه أو ولية أ يمنع حكم التعزير أو يوقف تنفيذ ماقضى به القاضى، لأنه ليس خالص حقه وإنما في حق الجماعة. والقاضى إنما يعزره نيابة عن المسلمين . دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى «العصر الإسلامى»، ص ٨٧ .

(٢) وفى هذا الصدد قال الرسول صلى الله علية وسلم: «إد رأوا الحدود بالشبهات ما استطعتم»، وقال أيضاً: «إدرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطى فى العفو خير من أن يخطى فى العقوبة». وهذا يمثل قاعدة «الشك يفسر لصالح المتهم»، وقاعدة «المتهم برىء حتى تثبت إدانته».

هو دون البلوغ ولا على المجنون ولا على المعتوه(١).

٥- فتح الإسلام باب التوبة أمام المجرم، لرد اعتباره وحتى لا يفقد الأمل فى استعادة ثقة المجتمع فيه وأن يغفر له زلته وخطيئته. ومن هنا حثت الشريعة الإسلامية على عدم تعيير المجرم بجرمه، وفتحت أمامه طريق التوبة ورد الاعتبار(٢).

وتنقسم العقوبات فى النظام العقابى الإسلامى من حيث علاقتها بالجرائم وتحديدها وفقاً لجسامة الجريمة إلى أربعة أنواع: الحدود والقصاص والدية والتعزيز. وهذا التقسيم هو التقسيم السائد فى الفقه الإسلامى، والذى كان معمولاً به فى مصر أثناء فترة تطبيق الشريعة الإسلامية(٣).

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى : الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٥٥ .

(٢) دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى « العصر الإسلامى»، ص ٨٨ .

(٣) دكتور / محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٧٨ .

يتعدد تقسيم العقوبات في النظام العقابى الإسلامي بحسب الزاوية التي يمكن النظر إلى العقوبات من خلالها. إذ أنها تنقسم بالنظر إليها من ناحية العلاقة بينها إلى: عقوبات أصلية وعقوبات تبعية وعقوبات تكميلية. والعقوبات الأصلية هى العقوبات التي نص عليها الشارع بصفة أصلية جزاءً للجريمة كالحد والقصاص أو الدية والتعزيز. أما العقوبات التبعية فهى العقوبات التى تلحق بالجانى حتماً كنتيجة لازمة لارتكابه الجريمة، وهى تابعة للعقوبة الأصلية، ولا ينطق بها القاضى، ومثالها حرمان قاتل مورثة من الميراث وعدم أهلية القاذف للشهادة أبداً. أما العقوبات التكميلية فهى العقوبات التي يأمر بها القاضى بجانب العقوبة الأصلية، ومثالها التغريب والنفى، وتعليق يد السارق فى رقبته بعد قطعها.

أولاً : الحدود:

العقـوبا الحدية هي العقـوبات المقدرة شرعـاً علي نحو لا يجوز مـعه استـبدالها بغـيرها أو التخـفيف منها، والمقـررة لحماية حق من حـقوق الله

=كما أنها تنـقسم بالنظر إلي الحق الذى تنزل عليه العقوبة إلي: عقبوبة الإعدام أو القتل، وهي التى تنصب علي حق الإنسان في الحيـاة فتحرمـه منه. والعقـوبات البدنيـة، وهي العـقـوبات التي تقع على حق الإنسـان فى سـلامـة بدنه، مـثل عـقـوبة الجلد والضـرب والقطع. والعـقوبات النفسـية أو المعنوية، وهى العـقوبات التي تؤثر فى نفـسيـة الإنسان كالتوبيخ والهجر والتشهير والنصح. والعقوبات السالبة للحرية، وهى التى تقع على حق الإنسان فى الحرية فتحد منه كالحبس والتغريب. والعقوبات المالية، وهي التى تمس الذمة المالية للمجرم كالدية والغرامة.

وتنقسم أيضاً من ناحية الحكم بها إلى: عقوبات مقدرة، وهي تلك العقوبات التى حددها الشارع على سبيل الحـصر وأوجب على القاضى تطبيقهـا إذا توافرت شروطها بدون أن يكون له سلطة فى تحـديد مقـدرها، وهي تسـمى كذلك بالعـقوبات النصـية أو الحـدية. وعقوبات غير مـقدرة ، وهى تلك العقوبات التي يترك لولى الأمرأو للقاضـى فيها حرية اختيار العقوبة المناسبة على ضوء ظروف الواقعة وشخصية مرتكبها.

كمـا تنقسم كـذلك من ناحيـة المصلحة التي تحـميهـا إلي خمـسة أنواع هى: العـقوبات المقررة لحماية الدين كـعقوبة الردة، والعقوبات المقررة لحماية النفس كـعقوبة القصاص، والعقـوبات المقررة لحـماية الأموال كعقـوبة السرقة، والعـقوبات المقررة لحـماية النسب كعـقوبة الزنا، والعقـوبات المقررة لحـماية العقل كـعقوبة شـرب الخمر. أنظر الأسـتاذ/ أحمد فتحى بهنسى: العقوبة فى الفقه الإسلامى، طبعة ١٩٨٩، ص ١٢١ وما بعدها.

الأسـتاذ/ فـرج صـالح الهـريش: النظم العـقابيـة«دراسـة تحليليـة فى النشـأة والتطور»، ص٢١٣ وما بعدها.

سبحانه وتعالى[1]، وهى:

١- حد الزنا:

تبنى المشرع الإسلامى الفضيلة الإجتماعية، وحرم كل ما من شأنه المساس بالعرض، لذلك قرر الشارع الإسلامى حداً لكل من الزانى والزانية منعاً لاختلاط الأنساب[2]. وقد فرقت الأحكام الشرعية بين حالتين لمرتكب الزنا، وحددت لكل حالة العقوبة المناسبة لها[3]. الحالة الأولى: هى حالة

---

(١) يذهب جانب من الفقه إلي أن المقصود بالعقوبة الحدية فى هذا الصدد العقوبة التي يتم تحديد نوعها ومقدارها فى القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، وذلك سواء كانت هذه العقوبة لحماية حق الله سبحانه وتعالى أو لحماية حق العبد. ويذهب الحنفية إلى رأى معاكس، حيث يقررون أن العقوبات الحدية هي العقوبات المقررة فى الكتاب والسنة حماية لحق الله سبحانه وتعالى، ومن ثم فإنه يخرج من نطاقها عقوبات القصاص لأنها من وجهة نظرهم مقدرة بنص شرعى لحماية حق خالص للعبد ويرد عليها العفو والصلح.أنظر فى ذلك، الكاسانى: بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، القاهرة ١٣٢٨هـ الجزء السابع، ص ٣٣ .

(٢) الأستاذ/ عبد القادر عودة: التشريع الجنائى الإسلامى، طبعة ١٩٤٩، ص ٦٤١ .

(٣) وذلك فى قوله تعالى: «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» سورة النور، الآية(٢).

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «خذوا عنى، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم». وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم إمرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس»

الزانى غير المحصن والزانية غير المحصنة، والحد هنا هو الجلد مائة جلدة رجلاً كان أو إمرأة مع التغريب لمدة عام للرجل دون المرأة فى قول جمهور الفقهاء[١]. والحالة الثانية: هي حالة الزانى المحصن والزانية المحصنة، والحد هنا هو الرجم بالحجارة حتى الموت[٢]. ويلاحظ فى هذا الصدد، أن الشارع الإسلامى قد شدد من عقوبة الزاني المحصن. لأن المفروض أن إحصانه يصرفه عن اللذة المحرمة، فإن صمم عليها فهذا يستأهل تقرير عقوبة أشد له[٣]. ويثبت الزنا بالإقرار أو شهادة أربعة شهود من الرجال، ويسقط الحد فيه إذا تم الفعل بالإكراه [٤].

٢- حد القذف بالزنا:

حرص الشارع الإسلامى على صيانة الأعراض والشرف، لذلك قرر

---

(١) يرفض الحنفية تطبيق عقوبة التغريب، باعتبار أن الحديث الذى ورد بها هو فى نظرهم حديث آحاد. الشيخ / محمد أبو زهرة: العقوبة فى الفقه الإسلامى، ص ١١١ .

(٢) يرفض الخوارج رجم المحصن، ويرون أن عقوبته هي الجلد مائة جلدة شأنه فى ذلك شأن غير المحصن، تنفيذاً للتحكم الشرعى الوارد فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» ، ولأنه لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع والتعيين لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها، ولأن رجم المحصن يفضى إلى نسخ الكتاب بالسنة وهذا أمر غير جائز عندهم. الشيخ / محمد أبو زهرة: العقوبة فى الفقه الإسلامى، ص ١١١ .

(٣) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٥٧ .

(٤) دكتور/ عبد السلام الترمانينى: الوسيط فى تاريخ القانون والنظم القانونية، الكويت ١٩٧٩ ، ص ٢٧٠ .

عقوبة جدية يتم توقيعها علي من يرمى إمرأة بالزنا كذباً وإفتراء[١]. وحد القذف بالزنا هو الجلد ثمانون جلدة مع عدم قبول شهادة مرتكب هذه الجريمة أبداً [٢].

٣- حد شرب الخمر:

حرص الشارع الإسلامى على سلامة الجسم والعقل الذى هو مناط

---

(١) الشريعة الإسلامية لا تعاقب على القذف بالزنا إلا إذا كان محض كذب وإختلاق، أما إذا كان مجرد تقرير للأمر الواقع فلا جريمة، وذلك كمن ينسب واقعة الزنا لإمرأة سبق أن وقع عليها حد الزنا فعلاً أو معها ولد لا يعرف له أب . دكتور / صوفى أبو طالب؛ مبادىء تاريخ القانون، طبعة ١٩٦٤ ، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٥٥ .

وقد وضع الشارع الإسلامى نظاماً خاصاً للزوج الذى يتهم زوجته بالزنا أو ينفى نسب ولدها منه ولم يتوافر لدية أربعة شهود، وهو نظام اللعان . وبمقتضاه يشهد الزوج بالله أربعة شهادات أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وللزوجة أن تدرء التهمة عن نفسها بأن تشهد بالله أربعة شهادات بأنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. وعندئذ تبين من زوجها ولا تحل له أبداً ولو نكحت غيره، وإن كانت حاملاً وجاءت بولد فهو ولدها ولا يلحق بالزوج لأن السنة نفته عنه. الشيخ / على الخفيف: فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، طبعة ١٩٦٣ ، ص ٢٦١ .

(٢) وذلك عملاً بقوله تعالى: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون». سورة النور، آية رقم(٤).

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «اجتنبوا السبع الموبقات، فقالوا وما هى يا رسول الله، قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولى يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات».

التكليف ومرجع المسئولية، وانطلاقاً من ذلك فقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر نظراً لما تؤدى إليه من فقدان العقل للشعور الأمر الذى ييسر للشخص ارتكاب الجرائم والإضرار بالمسلمين فضلاً عن الأضرار الأخرى التى تصيب الشخص فى ماله وبدنه[1]. وقد حدت السنة النبوية الشريفة حد شارب الخمر نظراً لعدم تحديد القرآن الكريم لهذا الحد، والحد هنا هو الجلد لقوله صلى الله عليه وسلم: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه»، كما حددت السنة حداً أقصى لهذه العقوبة حيث يروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يزد عن أربعين جلدة، وقد سار الأمر على ذلك فى عهد الخليفة أبى بكر الصديق، وفى عهد الخليفة عمر أصبحت عقوبة شارب الخمر فى حدها الأقصى - أربعون جلدة - غير رادعة،

---

(١) دكتور عادل بسيونى : الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٥٩ :

ونظراً لأن شرب الخمر كان عادة متأصلة فى نفوس العرب، فقد حرص الشارع الإسلامى على التدرج فى تحريمها، فقال تعالى فى سورة البقرة الآية رقم ٢١٩: «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما». ثم قال تعالى فى سورة النساء: «ياأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلمون ما تقولون». وورد التحريم النهائى فى قوله تعالى فى سورة المائدة الآية رقم ٩٠: «يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون».

كما ثبت تحريم الخمر بالسنة النبوية الشريفة، فقد روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام».

ما دعا الخليفة عمر بن الخطاب إلى مشاورة عدد من الصحابة فأفتاه على بن أبي طالب أن يوقع علي شارب الخمر عقوبة القذف وهى ثمانون جلده، «على أساس أن الرجل إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى إفترى»، ولهذا أوجب عليه حد المفترى وهو القاذف(١). وفى عهد الخليفة عثمان بن عفان كانت عقوبة شارب الخمر أربعون جلدة، تزيد إلي ثمانون في حالة العود(٢).

٤- حد السرقة:

قرر الشارع الإسلامى عقوبة حدية للسرقة ، وذلك حفاظاً على الأموال(٣). والعقوبة المقررة هنا هى قطع يد السارق. ويشترط لقيام السرقة ومن ثم توقيع الحد، أن يكون أخذ المال خفية عن صاحبه وبدون رضاه، كما يشترط أن يكون الشيء المسروق منقولاً يقبل الإحراز، وأن يبلغ نصاباً معيناً- عند المالكية والحنابلة عشرة دراهم فضة أو أربعة دنانير ذهبية،والأحناف والشيعة الزيدية على عشرة دراهم فضة ودينار ذهب، والشافعى على أنه ربع دينار- كما يشترط كذلك ألا تكون هناك ضرورة

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٨١ .

(٢) أخذ بعض الفقهاء بالإجماع وجعل عقوبة شارب الخمر ثمانين جلدة، ومنهم بالسنة وهى أربعين جلدة. ويرى ابن قدامة أن فعل النبى حجة ولايجوز الإجماع علي ما خالف فعل النبى، ولذلك فهو يرى أن الزيادة تعزير متروك للإمام. أنظر المغنى، ص٣٠٧ .

(٣) وذلك لقوله تعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله». سورة المائدة، آية رقم ٣٨ .

قد دعت للسرقة وذلك لأن عمر بن الخطاب لم يقطع يد السارق فى عام الرمادة[١].

٥- حد الحرابة:

الحرابة هى قطع الطريق على المسافرين بالاعتداء عليهم وأخذ أموالهم، وقد يرتكب الشخص الجريمة بنفسه أو بالأشتراك مع غيره، ويطلق عليها بعض الفقهاء «السلب» أو «السرقة الكبرى». ولذلك تعتبر الحرابة من أخطر الجرائم على المجتمع لما فيها من خروج على سلطان الدولة وترويع المواطنين والاعتداء على أموالهم وأنفسهم وأرواحهم وأعراضهم. وقد قرر الشارع الإسلامى عقوبة لجريمة الحرابة هى: القتل أو القتل مع الصلب أو قطع الأيدى والأرجل من خلاف أو النفى[٢]. وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول تفسير حرف «أو»، فذهب رأى (الإمام مالك وبعض التابعين) إلى أن حرف «أو» يفيد التخيير بين العقوبات ومن ثم فإن الإمام مخير وغير مقيد بنوع معين من العقوبات الواردة بها وأنه من الجائز له أن يختار إحداها، وذهب رأى آخر (بعض الصحابة وبعض التابعين والإمام الشافعى وجمهور الفقهاء) أن حرف «أو» يعنى تنوع العقوبات تبعاً لتنوع الجرائم[٣].

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط في تاريخ القانون المصرى، ص ٤٦١ .

(٢) قال تعالى: «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض». سورة المائدة، آية رقم ٣٣ .

(٣) يروى عن ابن عباس أنه قال: «إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا -

٦- حد الردة:

يقصد بالردة الإرتداد عن الدين الإسلامى، ولما كان الشارع الإسلامى حريصاً على الدين الإسلامى، ولما كانت الردة تمثل اعتداء على العقيدة والدين فقد اعتبرت هذه الجريمة من جرائم الحدود. والمرتد عقوبته هى القتل(١). واشترط الفقهاء لتوقيع هذه العقوبة رجوع المرتد عمداً عن دين الإسلام، وأن يكون ذلك بقول صريح أو بفعل قطعى الدلالة يجحد ما تعلمه العامة من أمور الدين، وأخيراً أن يستتاب المرتد لمدة ثلاثين يوماً أى يمنح فرصة للتوبة والعدول عن الارتداد(٢).

٧- حد البغى:

جريمة البغى جريمة سياسية، لا يرتكبها فرد بمفرده، وإنما ترتكبها جماعة، بأن تنشق على ولى الأمر الذى يلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية وعقوبتها هى القتل(٣).

= ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا المال نفوا من الأرض». الشيخ/ محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى، طبعة ١٩٥٧، ص ١٦٧.

(١) قال تعالى: «من يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون». سورة البقرة، آية رقم ٢١٧.

وقال الرسول صلى اله عليه وسلم: «من بدل دينه فاقتلوه».

(٢) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص ٤٦٣.

(٣) قال تعالى: «وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله». سورة الحجرات، الآية رقم ٩.

ويرى الأستاذ الدكتور/ على راشد، أن هذه الجريمة وعقوبتها لا تدخل فى نطاق=

ثانيا: *القصاص*:

يقصد بالقصاص المساواة بين الجريمة وعقوبتها بإنزال أذى بالجانى يعادل نفس الأذى الذى ألحقه بالمجنى عليه. وتجب عقوبة القصاص فى جريمة القتل العمد، وفى جرائم الإعتداء على مادون النفس العمدية كالجرح والقطع وماشابهها[1]. ولا تجب فى الجرائم غير العمدية، إذ تجب فيها الدية. ولما كان القصاص عقوبة يجتمع فيها حق الله وحق العبد معاً ولكن حق العبدهو الغالب، فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالقصاص

= الحدود، حيث يغلب عليها الصفة السياسية وليست الصفة الدينية مناط الحدود. أنظر مؤلف سيادته: القانون الجنائى «المدخل وأصول النظرية»، طبعة ١٩٧٤، ص ٦٧.

دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٨٤ .

(١) قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم. ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون». سورة البقرة، الآيتان ١٧٨ ، ١٧٩ . وقال تعالى: «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون». سورة المائدة، الآية ٤٥ .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من قتل له قتيل فهوبخير النظرين إما أن يفتدى وإما أن يقتل». وكذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «من أصيب بدم أو خبل -أى- الجرح وقطع الأعضاء - فهو بالخيار بين إحدى ثلاث إما أن يقتص وإما أن يأخذ الدية العقل وإما أن يعفو فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه»

من تلقاء نـفسه، وإنما لابد وأن يطالب بـه المجنى عليه أو أهله. كـما أنه من حق المجنى عليـه أو أوليائه العفـو عن الجانى، ومن ثم تسـقط العقـوبة بهذا العفو(١).

ثالثاً : الدية:

الدية هى العقـوبة الأصلية المقررة للجـرائم غير العمـدية التي تحدث عن طريق الخطأ، والجرائم شبه العـمدية وهي الجرائم التي ترتكب بآلة قاتلة دون أن يتوافر فيها العمد وكـذلك عند سقوط القصاص كما فى فى جناية الصـبى أو المجنون أو إذا عفـا ولي الدم(٢). وهى تتـمثل فى مـبلغ من المال يلتزم بدفعه الجاني أو عاقلته إلي المجني عليه أو ورثته(٣)، وهي تأخذ معنى التعويض والعقوبة فى وقت واحد، إذ أنهـا تعويض للمجنى عليه أو ورثته لأن المجنى عليـه هو الذى يحـصل على المال أو ورثتـه فى حـالة وفـاته، وعقوبة لأنها مقررة جزاء جرائم مـعينة. وإذا عفا المجنى عليه أو ورثته عنها جاز تعزير الجانى بعقوبة تعزيرية ملائمة(٤).

---

(١) دكتـور/ محـمد جـمال عـطية عـيسى: تاريخ القـانون المصرى بعـد الفتح الإسـلامى، ص١٨٥ .

(٢) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٦٥ .

(٣) قال تعـالى: «وما كان لمؤمن أن يـقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قـتل مؤمناً خطأ فـتحرير رقـبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا». سورة النساء، الآية ٩٢ .

(٤) دكتـور/ محـمد جـمال عـطية عـيسى: تاريخ القـانون المصرى بعـد الفتح الإسـلامى، ص١٨٦ .

رابعاً: التعزير:

التعزير هو الرد والمنع، والعقوبة التعزيرية هدفها أن تمنع الجانى وترده عن ارتكاب الجرائم أو العودة إلى ارتكابها. وهى عقوبة غير مقدرة تجب لكل جريمة ليس لها حد أو كفارة، ويتولى ولى الأمر أو القاضى تقديرها وفقاً لما يراه محققاً لمصلحة المجتمع ومناسب لحالة الجانى وظروفه ومدى تأثره بالعقوبة ، حتى لو وصل في تقديرها إلي درجة الحكم بالقتل[١]. ويجوز لولى الأمر أو القاضى أن يقررها علي أفعال لا تعتبر معصية إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك. وقد عرف التاريخ الإسلامى أنواعاً عديدة للعقوبات التعزيرية منها: اللوم، التشهير ، الحبس، الجلد، النفى، الغرامة، القتل[٢].

---

(١) يرى البعض أنه إذا كان ولى الأمر أو القاضى له حرية اختيار العقوبة التعزيرية ومقدارها، فإنه لا يجب عليه ألا يبلغ بالتعزير فى المعصية قدر الحد فيها.

(٢) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٨٧ .

الباب الثالث
نظم القانون الخاص
فى العصر الإسلامى

ترتب على الفتح العربى لمصر تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة للبلاد، الأمر الذى أحدث تغييرات عميقة وجوهرية فى نظم القانون الخاص. ومن البديهى أننا لن نتعرض فى هذه الدراسة لمختلف نظم القانون الخاص فى مصر الإسلامية - وذلك على أساس أن مجال دراستها الحقيقى والمستفيض هو مادة الشريعة الإسلامية أو بالأحرى الفقه الإسلامى- بل سنستعرض فقط للمبادئ الأساسية لبعض النظم الهامة فى القانون الخاص الإسلامى، لكى نتبين مدى اختلافها عما كان مطبقاً قبل ذلك فى مصر.

وعلى ذلك فسوف نقوم فى هذا الباب بدراسة: نظام الزواج، ونظام العقود والالتزامات، ثم نظام الملكية، فى ثلاثة فصول متتالية. على أن نقوم بدراسة العلاقة بين القانون الرومانى والشريعة الإسلامية في فصل رابع.

الباب الثالث
فلسفة القانون الخاص
في العصر الإسلامي

ترتب على التنوع الحسي لعصر تطبيق الشريعة الإسلامية بتنوعها وبما الشريعة العامة للبلاد الإسلامية التي أحدثت تغيرات عميقة وجوهرية في الفقه القانون الخاص. ومن البديهي أن تنعكس في هذه الفترة خصائص فقه القانون الخاص في عصر الإسلامية – وذلك على أساس أن يحقق مصالحها الشخصية والاستقلالية مع سلامة الشريعة الإسلامية أو الأحكام في الفقه الإسلامي – إلى تحقيق العدالة الاجتماعية بأبعاد الفقه الواقعية في القانون الخاص الإسلامي في آخر تبنى على اختلافها حسب ذلك تطبيقاته في ذلك العصر.

وعلى ذلك سنقسم في هذا الباب بابين: الفقه الإسلامي والفقه المقارن والاتجاهات في الفقه التاريخي في الكلية حصرًا تناسبه. على أن نقوم بدراسة الحكمة بين القانون الإسلامي والشريعة الإسلامية في العصر الأول.

الفصل الأول

نظام الزواج فى العصر الإسلامى

لم تكن القواعد التى تحكم نظام الأسرة فى مصر، خلال العصر الإسلامى، تخضع لنظام موحد بالنسبة لجميع السكان. فقد استمر الأقباط خاضعين فى زواجهم وطلاقهم لنفس القواعد التى كانوا يخضعون لها والمستمدة من الديانة المسيحية، وكذلك استمر اليهود خاضعين لأحكام الزواج المنصوص عليها فى الشريعة اليهودية. أما الذين اعتنقوا الإسلام من المصريين فكانوا يخضعون فى زواجهم وطلاقهم لأحكام الشريعة الإسلامية، والتى كانت تختلف فى بعض الوجوه عن تلك الأحكام التى كانت مطبقة فى مصر قبل الفتح الإسلامى[1]، ومعنى ذلك أن التطور الذى حدث فى مصر فى مجال نظام الزواج، وهو تطبيق الشريعة الإسلامية على المسلمين من أهل مصر. ولذلك فسوف نبين فى هذا الصدد مدى اتفاق واختلاف هذه القواعد الجديدة مع القواعد السابقة.

---

(١) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص٤٨٥ .

المبحث الأول

شروط عقد الزواج

أولاً: تراضى طرفى عقد الزواج:

الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد مدنى يتم بتبادل الإيجاب والقبول، فلا يتطلب شكلاً خاصاً، ولا يتطلب أيضاً ممارسة شعائر دينية كما أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنيا[١]. وينبنى على ذلك أن الكتابة ليست شرطاً لصحة عقد الزواج[٢]. وذلك على العكس من نظام الزواج فى القانون المصرى الرومانى بعد إنتشار الديانة المسيحية فى مصر، حيث كان يعد من الأسرار المقدسة، فلا ينعقد إلا بإقامة الشعائر الدينية اللازمة لذلك فى حضور كاهن وعدد معين من الشهود.

كما أن الشريعة الإسلامية لم تعرف - خلافاً للقانون المصرى فى العصر الرومانى - حداً أدنى لسن الزواج، فمن الممكن عقد الزواج حتى ولو كان أحد الزوجين أو كلاهما مايزال فى مرحلة الطفولة[٣].

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣١١.

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص٤٩٠.

(٣) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣١٢

ولم يكن القانون فى العصر الرومانى يتطلب موافقة الفتاة على زواجها، فقد كان للأب سلطة تزويجها ممن يريد دون اعتداد بإرادتها. غير أن القانون كان يشترط لذلك أن يكون الزوج الذى يختاره لها الأب كفئاً حسن الأخلاق. وللأب، طبقاً لمذهبى مالك والشافعى، سلطة تزويج إبنته البكر ولو جبراً عنها[١]. ومن ثم فإن هذين المذهبين يقفان على حق الأب فى إجبار ابنته البكر على الزواج ممن يختاره لها موقفاً مماثلاً لموقف القانون السائد فى مصر قبل الفتح الإسلامى.

كذلك كانت المرأة فى مصر قبل الفتح الإسلامى تتمتع بأهلية عقد زواجها بنفسها. إلا أن المرأة - طبقاً لرأى مالك والشافعى - أصبحت غير صالحة لعقد الزواج، ولابد لصحته أن يباشره نيابة عنها أحد أوليائها، حتى ولو كان قد سبق لها الزواج وكانت موافقتها على الزواج من ثم لازمة[٢]. وبذلك فقدت المرأة المصرية هذه الأهلية[٣].

---

(١) ذهب البعض إلى أن المرأة البالغة لا يجبرها أحد على الزواج حتى ولو كانت بكراً، وإنما لابد من موافقتها. واستدلوا على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «... والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها».

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد، أن الفقهاء المسلمون متفقون على أن المرأة الثيب - وهى التى سبق لها الزواج - لا يستطيع أحد إجبارها على الزواج، وإنما لابد من رضائها وموافقتها على الزواج.

(٢) يذهب الإمام أبو حنيفه إلى أن المرأة البالغة الرشيدة لها أن تبرم عقد زواجها بنفسها وهذا الرأى يتفق مع ما كان سائداً في مصر قبل الفتح الإسلامى.

(٣) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى، ص٤٩٠.

ثانياً: موانع الزواج:

اعتبرت الشريعة الاسلامية قرابة النسب مانعاً من موانع الزواج، ووقفت موقفاً وسطاً بين القانون المصرى القديم والقانون الرومانى، فقد حرمت زواج الأخ من أخته والذى كان يجيزه القانون المصرى القديم، وأجازت الزواج بين أبناء العمومة والخؤولة الذى كان يمنعه القانون الرومانى[1]. كذلك أجازت الشريعة الإسلامية زواج الرجل الذى ماتت زوجته من أختها، كما تجيز زواج المرأة التى توفى زوجها من أخيه، على خلاف القانون الرومانى الذى كان يمنع هاتين الصورتين من الزواج.

كذلك اعتبرت الشريعة الإسلامية الرضاعة والمصاهرة مانعاً للزواج فى حدود معينة، على خلاف القانون الرومانى الذى لم يعرف الرضاعة كمانع من موانع الزواج[2].

كذلك اختفى «اختلاف القومية» كمانع من موانع الزواج، وأحلت الشريعة الإسلامية محله «اختلاف الدين»[3]. فلا يجوز زواج المسلم من

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٢٠٩ .

(٢) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٩٧ .

(٣) عرف مانع اختلاف الدين فى مصر منذ إنتشار المسيحية بها، إذ كان أباطرة الرومان المسيحيين يحرمون الزواج بين المسيحيين والوثنيين، ويمنعون زواج المرأة المسيحية من الرجل اليهودى.

مشركه، ولكن يجوز زواجه من كتابية، ولا يجوز على الإطلاق زواج المسلمة من غير المسلم سواء كان كتابياً أو مشركاً[١].

ثالثا: مدفوعات الزواج:

يقتضى الزواج فى الشريعة الإسلامية دفع الزوج مهراً لزوجته، والمهر فى الشريعة الإسلامية لازم لصحة الزواج. ولا تعرف الشريعة الإسلامية نظام الدوطة الذى عرفته مصر في عهودها السابقة[٢].

---

(١) والسبب فى ذلك أن المسلم يؤمن بجميع الأنبياء الواردين فى القرآن الكريم ، بما فيهم موسي وعيسى . كما يجمع الفقهاء المسلمون على أنه يجب على المسلم المتزوج من كتابية أن يتيح لها القيام بشعائر ديانتها. أما بالنسبة لأهل الكتاب فالأمر مختلف فاليهودى لا يعتقد بالمسيحية ولا بالإسلام، والمسيحى لا يعتقد بالإسلام، ولذلك ففى زواج أى منهما بمسلمة ضرر بها لأنه لن يسمح لها بممارسة شعائر الإسلام، وحتى إذا سمح لها فهذا يعنى اعتقاده بصحة الإسلام وهذا قد ينكره عليه دينه. فضلاً عن سبب آخر وهو الأولاد الذين يميلون غالباً إلى التأثر بسلوك الأب، فإذا كان الأب مسلماً فلاشك أن الأولاد سيعيشون على الإسلام، أما إذا كان غير ذلك فدور الأم محدود وسيتأثر الأولاد بديانة الأب. دكتور/ محمد عبد الجواد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم، طبعة ١٩٧٣ ، ص٥٤ . مشار إليه بمؤلف الدكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٩٨ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى ، ص ٤٩٠ .

الدوطة أو البائنة هى عبارة عن قدر من المال يعطيه الأب أو من يقوم مقامه إلى ابنته بمناسبة زواجها.

رابعاً: أنماط الزواج:

الأصل فى الزواج هو الزواج الفردى، إلا أن الشارع الإسلامى قد أجاز تعدد الزوجات بشروط معينة. وهى ألا يزيد عدد الزوجات عن أربع وأن يكون الزوج عادلاً بينهم.

كذلك أباح الإسلام التسرى، وهو معاشرة السيد لأمته معاشرة الأزواج، واعتبر الأولاد المولودين للرجل من سريته أولاداً شرعيين شأنه شأن أولاد الزوجة الحرة[١]. وفي هذا تختلف الشريعة الإسلامية عن قوانين الإغريق والروم التى لم تكن تعترف لأولاد الإماء بالشرعية[٢].

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٢٠٧ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٨٨ .

وقد حرم الإسلام الكثير من صور الزواج التى كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام. فقد حرم الإسلام «نكاح المقت» أو الضيزن، أى زواج الإبن من أرملة أبيه - والتى هى غير أمه - فكانت الأرملة تؤول إلى الإبن الأكبر شأنها شأن تركة المتوفى، فكان يجوز له أن يتزوجها وفى هذه الحالة لا يدفع مهراً فقد سبق لأبيه أن دفع لها المهر، كما يجوز له أن يزوجها إلى غيره ويحصل على المهر. كما حرم الشارع الإسلامى «المخادنة» ، وهى معاشرة عدد من الرجال لإمرأة واحدة مع نسبة الولد فى حالة وجوده إلى أى واحد منهم. وكذلك من صور النكاح المحرمة «زواج الشغار»، الذى كان شاغراً من المهر، وصورته أن يزوج الرجل أخته أو إبنته لآخر مقابل أن يزوجه الآخر إبنته أو أخته، فقد إعتبره الشارع الإسلامى زواجاً مقترناً بشرط غير صحيح وبالتالى يبطل الشرط ويجب مهر المثل. وكذلك من صور النكاح التى كانت معروفة وحرمها الإسلام «نكاح المتعة»،=

المبحث الثانى

آثار عقد الزواج

ينشئ عقد الزواج مركزاً قانونياً يترتب عليه آثاراً متعددة الجوانب، بعضها ينظم العلاقة فيما بين الزوجين ، والبعض الآخر ينعكس على الأبناء فى علاقتهم بالوالدين.

أولاً : آثار الزواج فى العلاقة بين الزوجين:

يترتب على عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية - فيما يخص العلاقة بين الزوجين - آثاراً تشبه فى بعض الوجوه تلك التى كانت على الزواج فى العصر السابق على الفتح الإسلامى وتختلف عنها فى وجوه أخرى. ففى ظل الشريعة الإسلامية تلتزم الزوجة بالاقتصار على زوجها ويلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته، وذلك كما كان الحال فى ظل القانون المطبق فى العصر الرومانى. وفى ظل الشريعة الإسلامية يحتفظ كل من الزوجين بأهلية تملك أموال خاصة وذلك كما كان الحال فى الغصر الرومانى، بيد أن الشريعة الإسلامية تختلف عن القانون المطبق فى العصر الرومانى من حيث اعترافها للزوجة بأهلية أداء كاملة، فالزوجة المسلمة تستطيع التصرف فى

= وهو زواج ينعقد بالتراضى ويجب فيه المهر إلا أنه كان موقوتاً بأجل معين ينتهى بإنتهائه، وقد أبطله الرسول ﷺ فى حجة الوداع، وقد حرمت المذاهب الفقهية هذه الصورة للزواج إلا أن الشيعة الإمامية تجيزها. دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى. ص٤٩٦ .

أموالها كما تشاء دون حاجة لإذن زوجها[١]، على عكس القانون السابق على الفتح الإسلامى حيث فرض الرومان على المرأة المصرية نظام الوصاية الدائمة، الأمر الذى أدى إلي احتياجها لموافقة زوجها عند قيامها بأى تصرف قانونى[٢].

ثانيا: آثار الزواج فى العلاقة بالأولاد:

يترتب على عقد الزواج مجموعة من الآثار فى العلاقة بين الوالدين والأولاد، فإذا استعرضنا حقوق الأب وواجباته فى الشريعة الإسلامية وجدنا أنها تتشابه إلى حد كبير مع حقوق الأب وواجباته فى القانون المصرى أواخر العصر البيزنطى. فالشريعة الإسلامية تحرم وأد الأطفال، كما أن للأب الحق فى أن يزوج أولاده وبخاصة البنات منهم، وله الحق فى الولاية على أموالهم قبل بلوغهم سن الرشد، كما أن له الحق فى أن يعين لأولاده القصر من يقوم بالوصاية عليهم بعد وفاته. وللأولاد فى الشريعة الإسلامية أهلية تملك أموال خاصة، وهى تتفق في ذلك مع القانون المصري فى عصوره المختلفة[٣].

---

(١) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٩١ .

(٢) للمزيد حول أثر الزواج على الأهلية القانونية للمرأة فى العصرين البطلمى والرومانى، أنظر مؤلفنا: فلسفة نظم القانون المصرى، الجزء الثانى، العصرين البطلمى والرومانى، طبعة ٢٠٠١، ص٢١٨ ومابعدها ، ص٤٠٣ وما بعدها.

(٣) يختلف القانون الرومانى العتيق مع ذلك الحكم، حيث لم يكن يعترف فى بادئ الأمر للأولاد بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية رب الأسرة، ولم يعترف القانون الرومانى للأولاد بشخصية قانونية مستقلة إلا بصورة تدريجية، وإن كانت قد بقيت حتى نهاية=

وللأم فى الشريعة الإسلامية حق كما أن عليها واجبات قبل أولادها تماثل حقوق الأم وواجباتها فى القانون المصرى. ومع ذلك يبدو أن حقوق الأم فى هذا القانون الأخير أكثر إتساعاً من الشريعة الإسلامية ، حيث أعطى للأم سلطة تزويج إبنتها فى حالة وفاة الأب، كما كانت أهلاً لتعيين وصى لأولادها، وأهلاً لمباشرة الوصاية عليهم بمقتضى شرط فى عقد الزواج، أو نص فى وصية الزوج، بل كانت أهلاً لمباشرة الوصاية على أولادها بحكم القانون فى حالة عدم وجد وصى مختار من قبل الأب. وتقر الشريعة الإسلامية للأم ببعض هذه الحقوق ولا تقر لها بالبعض الآخر، فليس للأم سلطة تزويج ابنتها، وليس لها حق مباشرة الولاية على أولادها بحكم القانون فى حالة عدم وجود وصى مختار، وحقها فى تعيين وصى لأولادها مقيد بشروط(١).

المبحث الثالث

انحلال رابطة الزواج

تنتهى رابطة الزوجية فى الشريعة الإسلامية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بوفاة أحد الزوجين.

أولاً: الطلاق:

ساد فى مصر فى بداية العصر الرومانى مبدأ الحرية المطلقة فى

= تطور القانون الرومانى بعض رواسب لمفهومه القديم. دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٩٢ .

(١) دكتور/ محمود سلام زناتى تاريخ القانون المصرى، ص٤٩٣ .

الطلاق، فقد كان من حق كل من الزوجين أن ينفصل عن الآخر بإرادته المنفردة، وقد بذل الأباطرة الرومان المسيحيين العديد من المحاولات للحد من الطلاق بالإرادة المنفردة وإباحته فقط لأسباب معينة وتوقيع جزاءات مالية على الزوج الذى يوقع الطلاق فى غير الأسباب المنصوص عليها . وقد طرأت على أحكام الطلاق فى مصر تعديلات جوهرية بعد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيها فعاد مبدأ حرية الطلاق من جديد دون اقتضاء أسباب معينة، ولكن يلاحظ أن حرية الطلاق فى الشريعة هى للرجل فقط دون المرأة، فهو الذى يحق له وحد أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ودون التقيد بأسباب معينة[1] .

وتثور بمناسبة الطلاق مسألة حضانة الصغار من الأولاد، وأى من الزوجين يعهد بهم إليه. ففى ظل قانون جستنيان الذى كان مطبقاً فى مصر خلال العصر الرومانى كانت القاعدة أن يعهد بالأولاد إلى الزوج الذى لم

---

(١) دكتور/ أحمد ابراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣١٣ .

وقد حرم الإسلام صورة الطلاق المؤبد وهو طلاق الظهار، الذي يشبه الرجل فيه زوجته بمحرم عليه كأن يقول لها: «أنت علىّ كظهر أمي أو أختى»، وأوجب الكفارة على من يظاهر زوجته، وهى تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً.

كما عرف العرب الطلاق المؤقت وهو ما عرف بالإيلاء، أي أن يحلف الرجل بألا يقرب إمرأته فترة قد تطول وقد تقصر حسبما يتراءى له، فيتركها لا أيماً ولا ذات بعل أى معلقة. وقد نظم الإسلام الإيلاء فجعله أربعة أشهر، فإن مضت دون أن يقرب الرجل زوجته طلقت منه طلقة بائنة. دكتور/ عادل بسيونى. الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص ٥٠٠ ومابعدها.

يتسبب بخطأه فى الطلاق، فإذا كـان الأب هو الذى تسبب فى الطلاق عهد بالأولاد إلى أمهم بشرط ألا تـتزوج ثانية ويتكفل الأب بدفع نفقـة تربيتهـم، أما إذا كانت الأم هى التى تسببت فى الطلاق عهد بالأولاد إلى أبيهم وهو الذى يتكفل هنا أيضاً بنفـقة تربيتهم، وإذا كان الأب فقـيراً والأم غنية سلم الأولاد إلى الأم وتكفلت هى بالإنفـاق عليهم. أما فى الشـريعة الإسلامـية فحق الأم في حضانة أولادها الصغـار مقدم على حق الأب، فطالما توافرت فى الأم الشروط اللازمـة لحضانة أولادها كانت أولى بهم من أبيـهم، ولهذا فإنه من الممـكن القول بأن الأم المصرية تمـتعت فى ظل الشريعـة الإسلامـية بحق فى حضانة أولادها أقوى مما كان لها فى ظل قانون جستنيان(١).

ثانيا: التطليق:

إذا كـانت الشريعـة الإسـلاميـة قد أعـطت الحق فى الطلاق للرجل، فإنها أيضاً أتاحت للمرأة أن تشتـرط في عقد زواجها أن لها الحق فى تطليق نفسـهـا. كمـا أجيـز لهـا أيضاً أن تطلب التطـليق من القاضى فى حـالات الإعسار والضرر والعيوب(٢).

ثالثا: الخلع :

كان الخع كـوسيلة لإنهـاء رابطة الزوجـية من جانب أولـياء المرأة أو المرأة نفسها فى بعـض الأحيان معروفاً لدى العرب قـبل الإسلام، وقد أقره الإسلام كـوسيلة لإنهـاء رابطة الزوجـيـة من قبل المرأة دون أهلهـا. ويعتـبر

---

(١) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٩٤ .

(٢) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٥٠١

الخلع بمثابة طلقة بائنة، ولهذا يترتب عليه نفس الآثار التى تترتب على الطلاق البائن[١].

رابعاً: وفاة أحد الزوجين:

تنتهى رابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين. وفى ظل القانون البيزنطى كان يحق للرجل الذى توفيت زوجته أن يعقد زواجاً جديداً، وهو نفس الحكم المقرر فى الشريعة الإسلامية. أما إذا كان الزوج هو الذى توفى فقد ألزم الأباطرة الرومان المسيحيون المرأة الإنتظار لمدة سنة بعد وفاة زوجها قبل أن يسمح لها بالزواج من جديد، وفي ظل الشريعة الإسلامية تلتزم الأرملة بالإنتظار أربعة أشهر وعشرة أيام قبل السماح لها بالزواج ثانية، إلا إذا كانت حاملاً فعدتها عندئذ أن تضع حملها[٢]. والحكمة فى إلزام الأرملة الانتظار بعض الوقت هو التأكد من براءة الرحم من الحمل ومنعاً لإختلاط الأنساب.

---

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٢٢٤.

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتى. تاريخ القانون المصرى، ص ٤٩٤.

الفصل الثانى

نظام الإلتزامات والعقود فى العصر الإسلامى

قامت فلسفة التشريع الإسلامى على التقليل من التقنين على وجه الخصوص في مجال معاملات، فضلاً من ورود القواعد على شكل قواعد كلية دون الخوض فى التفاصيل وذلك من منطلق أن التشريع إنما هو لدفع حاجات الناس وتحقيق مصالحهم فينبغى أن يقتصر فى كل عصر على تشريع ما اقتضته حاجاته ومصالحه وحتى لا يجد اللاحقون من تشريع السابقين عقبات تحول دون تشريع ما يدفع حاجاتهم ويحقق مصالحهم(١).

ولا شك أن هذا المنهج الذى توخاه الشارع الإسلامي قد كفل لتلك القواعد الفعالية والصلاحية للتطبيق في كل زمان ومكان، والقدرة على استيعاب أية متغيرات إقتصادية. كما أن هذا المسلك يجعل رجال التشريع في كل عصر في سعة من أن يطوعوا التشريع حسبما تقتضيه المصلحة دونما مخالفة لأية حكم قرآنى (٢).

(١) الشيخ / عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، طبعة ١٩٤٩، ص٢٨٨.

(٢) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٥١٥.

وقد قام الفقهاء المسلمون القدامى ببيان الأحكام التفصيلية لكل عقد من العقود، كعقد البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والرهن والحوالة والصلح . ولم يهتموا بوضع نظرية عامة للعقد. أما الفقهاء المسلمين المعاصرو ن فقد حاولوا وضع نظرية عامة للعقد

وقد أحدث تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر تغييراً أبعد عمقاً فى مجال العقود والإلتزامات وأبعد أثراً مما حدث فى مجال الأحوال الشخصية، ويرجع ذلك أساساً للإختلاف الجوهرى فى الهيكل القانونى للشريعة الإسلامية عن القانون البيزنطى. فبرغم أن القانون البيزنطى قد ابتعد إلى حد ما عن الشكلية العتيقة واعترف بدور الإرادة فى إنشاء العقود والإلتزامات، إلا أنه لم يصل فى الأمر إلى منتهاه ولم يعرف مبدأ سلطان الإرادة كما عرفته الشريعة الإسلامية(١). أما الشريعة الإسلامية فقد عرفت مبدأ سلطان الإرادة منذ نشأتها، فهى شريعة مجردة من الشكليات، والرضا وحدة كفيل لإنشاء الالتزام التعاقدى دون حاجة لصيغة رسمية أو شكل معين(٢).

---

(١) تعرف الشكلية بأنها: «كل واقعة سابقة على إبرام التصرف، ولا يوجد لها سبب سواء من الناحية العقلانية ولا من الناحية الإجتماعية، ويكون من آثارها تعليق إبرام الإلتزام أو انقضائه عليها». ويقوم مبدأ سلطان الإرادة على شقين: أولهما، هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونيةوهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية. وثانيهما، هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانونى وهو ما يعبر عنه بالتعبير المشهور العقد شريعة المتعاقدين.

أنظر فى تفصيلات ذلك الموضوع رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه المقدمة إلي كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ بعنوان «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى».

وأنظر كذلك رسالة الأستاذ الدكتور/ عادل بسيونى للحصول على درجة الدكتوراه والمقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٧٦ تحت عنوان «مبدأ سلطان الإرادة فى العصر الوسيط»، ص٣٧ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣١٥ .

كما تنتقل الملكية فى الشريعة الإسلامية بمجرد الاتفاق وحده دون تطلب أى إجراء إضافي، وذلك على العكس من القانون البيزنطى الذى كان يتطلب لنقل الملكية بالإضافة إلى الاتفاق التسليم. كما تعتبر الشريعة الإسلامية حقوق الارتفاق نوعاً من الملك، ملك ناقص، على خلاف القانون البيزنطى الذى كان يرى أنها عبارة عن تكاليف مقررة لصالح مال الغير(١).

ويرجع الاختلاف الجوهرى بين الشريعة الإسلامية والقانون البيرنطى فيما يتعلق بنظام الإلتزام، لاختلاف نظرة كل منهما إلى طبيعة حق الإلتزام. فالقانون البيزنطى ينظر إلى الإلتزام نظرة شخصية، مما ترتب عليه عدم الأخذ بمبدأ النيابة التامة فى التعاقد وعدم جواز حوالة الحق أو حوالة الدين(٢). وعلى العكس من ذلك فإن طبيعة الالتزام فى الشريعة الإسلامية

= وإذا كان هناك عقود معينة يجب فيها القبض، كالهبة والرهن والقرض والوديعة، فيلاحظ هنا أن القبض مرتبط بتنفيذ العقد أو ترتيب آثاره، أما العقد فيتم بمجرد تراضى الطرفين لأن الشارع الإسلامى لم يشترط إلى جانب التراضى عنصر شكلى آخر. دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٥١٨ .

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣١٥ .

(٢) أنظر فى تفصيلات ذلك:

دكتور/ طه عوض غازى محمد: النيابة التعاقدية فى القانون الروماني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٩١ .

دكتور/ عبد الودود يحيى: حوالة الدين «دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى»، رسالة دكتوراه، ١٩٦٠ .

مختلف تماماً، فهى تأخذ بالمذهب المادى فى الالتزام، ففى الفقه الإسلامى يعد الالتزام مال أكثر منه رابطة شخصية، وقد أدى ذلك إلى ظهور العديد من المبادئ فى الشريعة الإسلامية والغير معروفة للقانون الرومانى، مثل مبدأ النيابة التامة فى التعاقد والحوالة[1].

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى في العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣١٦

الفصل الثالث

نظام الملكية فى العصر الإسلامى

تعتبر الملكية من النظم القانونية التى تركت عليها المتغيرات الإقتصادية والإجتماعية بصماتها واضحة عبر مراحل التاريخ العام للقانون(١). فهى تعتبر من أدق الأمور فى المجتمع حيث ترتبط تماماً بالظروف السياسية والإقتصادية والإجتماعية، بل هى عصب النظام الإقتصادى والسياسى فى كل المجتمعات(٢).

ومن المسلم به فى الفقه الإسلامى أن الإسلام يعترف للإنسان بحق التملك فالإنسان مستخلف علي الأرض، فللفرد حرية التملك مادام يعتمد فى كسبه على الوسائل المشروعة. بيد أنه ليس هناك نظرية عامة للملكية فى الإسلام لأن الفقه الإسلامى غلب عليه الطابع العملى. وإذا كان الإسلام يعترف للفرد بحق التملك، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم الإضرار بالمصلحة العامة، فللملكية فى الإسلام وظيفة اجتماعية لأنها ليست حقاً مطلقاً، ولذلك كان لولى الأمر أن يقيد الملكية أو يتدخل لتوجيه استخدامات الملكية للوجهة الصحيحة، بل ويجيز بعض الفقهاء نزع الملكية متى تطلبت المصلحة العامة ذلك مع تعويض أصحابها على نحو عادل.

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٥٠٣.

(٢) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص٢٢٥

ومن أسباب كسب الملكية الخاصة فى الفقه الإسلامى، التصرفات الناقلة للملكية، كالبيع والهبة والوصية والإرث والشفعة، وعلى خلاف القوانين الوضعية لا تعرف الشرعية الإسلامية نظام التقادم- أى وضع اليد على المال مدة معينة - كسبب للملكية، وكذلك لا تعرف الشريعة الإسلامية سقوط الحق لعدم المطالبة به خلال مدة معينة[١].

وقد كان لتطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر بعد الفتح الإسلامى أثراً ملموساً علي نظام الملكية، إذ تغير هذا النظام بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان قد احتفظ ببعض معالمه التى كانت سائدة فى مصر قبل الفتح الإسلامى[٢]. وقد عرفت مصر فى العصر الإسلامى أنواعاً مختلفة من الملكية هى: الملكية العامة أو ملكية بيت المال، أملاك الخليفة أو السلطان، الإقطاعات، الملكية الخاصة، الأوقاف.

أولاً: الملكية العامة:

يعد الخليفة عمر بن الخطاب هو أول من أنشأ بيت المال، وهو بمثابة الخزانة العامة فى الوقت الحاضر، ويضم أموال الدولة الإسلامية والتى يتم تخصيصها للإنفاق على الصالح العام. ومقر بيت المال دائماً هو عاصمة الدولة الإسلامية، فكان يوجد أول الأمر فى المدينة المنورة ثم انتقل إلى دمشق فى العصر الأموى ثم إلى بغداد فى العصر العباسى وأخيراً إلى استانبول فى العصر العثمانى، وفى فترات استقلال مصر كان يوجد بها بيت للمال.

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى. الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٥٠٤ ٥٠٥.

(٢) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى. ص٢٢٥

وحينما دخل المسلمون مصر قرر العرب الإستيلاء على الأراضى التى كانت مملوكة للدولة الرومانية أو لكبار موظفيها، وقد قام الخليفة عمر بن الخطاب ومن تلاه من الخلفاء بمنح من يشاء مساحات من تلك الأراضى. وكل أرض غير مملوكة لأحد كانت تعتبر ملكاً للمسلمين، والإمام هو الذى يقطعها للأفراد سواء كانت مواتاً لإحيائها أو كانت عامرة وصالحة للزراعة لاستثمارها. وقد كان ناتج الأراضى المملوكة لبيت المال يدخل ضمن موارده المتعددة وكان يرسل إليه فى عاصمة الدولة الإسلامية، وذلك بعد خصم المبالغ الكافية للإنفاقات الإدارية ومقابل الإصلاحات والصيانة فى مصر، وكذلك رواتب الجند والموظفين[١].

وفى العصور التى تمتعت مصر فيها بالاستقلال، أصبح لها بيت مال خاص بها ويوجد فى عاصمتها، ولكن الحكام من خلفاء وسلاطين مارسوا على أموال بيت المال سلطات مطلقة، فكان الخليفة أو السلطان يستطيع أن يتصرف فى تلك الأموال كما يشاء وأن يستعملها بالطريقة التى تحلو له، فلم يكن هناك ما يمنع من أن يستعملها فى أغراضه الخاصة، مما أدى إلى اندماج أموال الخليفة أو السلطان من الناحية العملية بأموال بيت المال بالرغم من اختلاف طبيعة كل منهما، لدرجة أنه فى العصر المملوكى تغير إسم بيت المال إلى الخزانة السلطانية[٢].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى». ص ٣٣١.

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص ٣٢٠.

دكتور/ عبد المنعم ماجد نظم دولة سلاطين المماليك ورسومهم فى مصر. الجزء الأول ص ٨٠

ثانياً: أملاك الخليفة أو السلطان:

لم يكن الرسول ﷺ ولا من تلاه من الخلفاء الراشدين من الباحثين عن متاع الدنيا، بيد أن الأوضاع تغيرت عندما انتقلت الخلافة إلى دمشق ثم إلي بغداد ، حيث انقلب الخلفاء إلى ملوك، ومن هنا بدأت الأملاك الضخمة للخليفة فى الظهور.

وفى العصور التى استقلت فيها مصر عن الخلافة العباسية، استبد بالحكم فيها خلفاء وسلاطين تمتعوا هم وأفراد أسرهم بملكيات خاصة لا حدود لها.

ففى العصر الفاطمى كان للخليفة أملاك خاصة به هو وأسرته، وقد حصل على أغلب تلك الأملاك بالإرث عن الخلفاء السابقين، فكل خليفة كان يرث أملاك الخليفة السابق، كما اشتغل الخلفاء بالتجارة وحققوا من وراءها مكاسب ضخمة، وكذلك لجأ الخلفاء الفاطميين إلى مصادرة أملاك الوزراء وكبار الموظفين الذين تبدو عليهم علاقات الثراء الواسع[١]. وفى العصر المملوكى كان للسلطان أيضاً ثروة ضخمة تكونت من مصادر عدة، فمنها الإقطاعات الكبيرة التى حصل عليها قبل أن يتولى السلطنة أو تلك التى توارثها عن أسلافه، كما كانت تخصص للسلطان مساحات شاسعة من الأراضى ينفق من إيراداتها، كما كان للسلطان أن يحتكر المناجم - مثل مناجم الذهب بوادى النطرون - ويعمل بالتجارة[٢]. وفى العصر العثمانى

---

(١) دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم الفاطميين ورسومهم فى مصر، الجزء الأول، ص١٢١ ومابعدها.

(٢) دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم دولة سلاطين المماليك ورسومهم فى مصر، الجزء الأول، ص٧٨ ومابعدها.

إزدادت أملاك السلاطين تضخماً، فلقد استولي السلطان سليم الأول على جميع أراضي مصر واعتبرها ملكاً له، وسار على نهجه إبنه السلطان سليمان القانونى، فقد قام بفك زمام القطر وتنظيم دفاتر المساحة من جديد والتى عرفت باسم «الترابيع»، ووضع يده من الناحية النظرية - على الأقل- على كل أراضى مصر(١).

ثالثاً: الإقطاعات:

ظلت مصر في العصر الإسلامى تأخذ بنظام الإقطاعات والذي كان موجوداً بها من قبل. وفى البداية كان هذا النظام مخصص فى الدرجة الأولى للجند، فكان يقطع الجنود مساحات من الأراضي لاستغلالها مكافأة عن أعمالهم أو بدلاً من الرواتب.

وفي العصر الفاطمى كان استبداد الخليفة - فى بداية العهد - لكل السلطات لا يترك مجالاً كبيراً للإقطاعيات، وإن كانت إقطاعيات الجنود مازالت معروفة. وقد تركزت الإقطاعيات فى ظل تلك الظروف فيما يمنحه الخليفة الفاطمى من أرض زراعية لأقاربه الأمراء نظير ما يقومون به من خدمات له أو للدولة. وتكشف الوثائق عن أن مساحات الاقطاعات كانت تختلف تبعاً لدرجة المقطع له أو تبعاً للخدمات التى قام بها(٢). وفى بداية

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣٢٢.

دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص ٤١٠.

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى» ص٣٣٥

العصر الفاطمى كانت تلك الإقطاعات قليلة ومحصورة فى نطاق ضيق، ولكن بعد أن تزايدت سلطة رجال الجيش - نظراً لضعف الخليفة الفاطمي - إزدادت تلك الإقطاعات زيادة كبيرة. وكانت الإقطاعات فى العصر الفاطمى مؤقتة، تظل ملكية الرقبة فيها للدولة ويقتصر حق الحائزين لها على مجرد الانتفاع، ولكنها كانت تمنح لفترة طويلة تقدر عادة بثلاثين سنة متتالية[١].

وقد توسع الأيوبيون فى هذا النظام، إذ أحلوه محل الرواتب والأعطية، ويمكن التمييز فى هذا العصر بين نوعين من الإقطاعات: النوع الأول: الإقطاعات الإدارية، وهى التى كانت تمنح لأفراد الأسرة الأيوبية والأمراء وكبار الموظفين كمورد لهم. والنوع الثانى: الإقطاعات الحربية أو العسكرية، وهى التى يمنحها السلطان للجنود فى مقابل ما يؤدونه من خدمات حربية للدولة. وقد كانت تلك الإقطاعات بنوعيها «منحة مؤقتة» ينتفع بها الفرد طوال حياته أو طوال شغله لإحدى الوظائف ولا تنتقل من بعده إلى ورثته[٢].

وفى عصر المماليك أصبح نظام الإقطاعات أكثر إنتشاراً من ذى قبل، فقد وصل الأمر إلى أن السلطان كان يتولي بنفسه منح تلك الإقطاعات لأمراء المماليك والجنود، وكانت مساحات الإقطاعات تتفاوت حسب درجاتهم. والإقطاعات فى العصر المملوكى مؤقتة، يحتفظ بها المقطع له

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣٢٣.

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتي: تاريخ القانون المصرى، ص ٥٠٢.

طالما بقى فى وظيفته أو ظل قادراً على القتال، فإن عجز عن ذلك لأى سبب أسترد السلطان اقطاعيته ومنحه بدلاً من ذلك مبلغاً من المال(١).

رابعاً: الملكية الخاصة:

احتفظ المصريون بعد الفتح العربى بحقوقهم على أموالهم المنقولة والعقارية، فلم يصادرالعرب سوى الأموال التى كانت مملوكة للدولة البيزنطية ورجالها. أما سائر المصريين فقد استمروا يتمتعون بما كانوا يملكون من أراضى وغيرها، ولهم حق التصرف فيما يملكونه من هذه الأراضى بكافة أنواع التصرفات القانونية(٢).

ورغم تدهور أوضاع الشعب المصرى في ظل الحكم الفاطمى، وترديه بصورة أكثر في عهد المماليك، إلا أن الملكية الخاصة ظلت معروفة أيضاً فى تلك الأوقات(٣).

ولكن الظروف التى سادت مصر خلال العصر المملوكى والعصر العثمانى، أدت إلى اختفاء الملكيات الصغيرة لصالح كبار الملاك خاصة من

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣٢٤ .

دكتور/ عبد المنعم ماجد: نظم دولة سلاطين المماليك ورسومهم فى مصر، الجزء الأول، ص ١٤٠ .

(٢) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٤٩٨ .

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٣٣٩ .

طبقة المماليك، فقد أدى طغيان المماليك واستبدادهم إلى هروب أصحاب الملكيات الصغيرة من الأرض وتركها بين أيدى كبار الملاك[١].

خامسا: الأوقاف:

عرفت مصر منذ أقدم العصور نظام الأوقاف، وكذلك عرف المسلمون نظام الوقف وتم تطبيقه فى مصر بطريقة لا تختلف كثيراً عما كان عليه الحال من قبل[٢].

وكان الوقف في العصر الإسلامى على نوعين: أحدهما الوقف الخيرى، وهو الوقف الذى يستهدف تحقيق مصلحة عامة كالوقف على المساجد ودور العلم وعلى العلماء والفقراء. والثانى الوقف الأهلى، ويستهدف تحقيق مصلحة خاصة كالوقف على الذرية والأقارب[٣].

وقد جرت عادة الخلفاء الفاطميين ومن بعدهم سلاطين المماليك بإجراء الكثير من الأوقاف الخيرية، كما استمر نظام الأوقاف منتشراً فى العصر العثمانى، بل إزداد اللجوء إليه، كما تعددت أوجه إنفاق الوقف[٤].

---

(١) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن : تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص٣٢٥ .

(٢)دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الروماني والإسلامى» ، ص٣٣٧ .

(٣) دكتور/ محمود سلام زناتى: تاريخ القانون المصرى، ص ٥٠٠ .

(٤) دكتور/ محمد عفيفى: الأوقاف والحياة الإقتصادية فى مصر فى العصر العثمانى، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، سلسلة تاريخ المصريين (٤٤)

الفصل الرابع

العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى

كان لظهور الإسلام فى بلاد العرب واعتناقهم له، الأثر الفعال فى انطلاقهم إلى البلاد المجاورة والبعيدة، فتم لهم فتحها والسيطرة عليها في مدة وجيزة، ومن هذه البلاد المفتوحة أقاليم كانت خاضعة للدولة الرومانية الشرقية كالشام ومصر. وقد ترتب على هذا الفتح أن حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الرومانى الذى كان مطبقاً فى هذه الأقاليم، ومن أجل ذلك أثيرت مسألة علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى، وقد احتل هذا الموضوع جانباً كبيراً من الأهمية من دراسات تاريخ القانون المقارن منذ اكتشاف الكتاب المعروف باسم" الكتاب السورى الرومانى " "Livre syro - romain" عام ١٨٦٢ على يد العالم «لاند Land»[1].

فقد جاء الإسلام ليتحرك على نفس المسرح الذى كان الدور منعقداً فيه للروم، والحقيقة أن أثر الفتح الإسلامى فى المنطقة وغيرها لم يقتصر

---

(١) الكتاب المعروف باسم «الكتاب السورى الروماني» كتب باللغة الإغريقية حوالى عام ٤٧٦ - ٤٨٠، ثم ترجم إلى اللغة السريانية حوالى عام ٧٥٠، ثم ترجم هذا الكتاب عن السريانية إلي اللغة العربية فى عام ١١٠٠ ميلادية. وتطلق عليه بعض المخطوطات العربية إسم «قوانين الملوك المسيحين المظفرين قسطنطين، تيودور، ليون»، ويطلق عليه ابن الطيب (المتوفى عام ١٠٤٣م) في مؤلفه «فقه النصرانية» إسم «قوانين الملكين قسطنطين وليون». دكتور/ صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٤٩

على إستبدال لغة بلغة ودين بدين، بل تعداه إلى الظواهر الإجتماعية قاطبة، سياسية وقانونية واقتصادية على حد سواء، إذ أن الإسلام فى جوهره لا يخاطب الجوانب الروحية والأخلاقية لأفراد المجتمع فحسب، بل هو تنظيم شامل وعام للحياة فى مادياتها وروحانياتها، إذ أنه دين ودنيا معاً. ومن هنا كان تغييره شاملاً عاماً لكافة الظواهر الإجتماعية، ثم إن الحقيقة تجلت فيما جاء به الإسلام فى هذه الميادين من مفاهيم وأفكار جديدة تماماً على هذه المجتمعات(١).

ولما كانت القاعدة فى الفقه الإسلامى انقسام العالم إلى قسمين: دار الإسلام حيث السيادة للنظم الإسلامية، ودار الحرب حيث تسود النظم غير الإسلامية فى ظل حكومات غير إسلامية، ولما كان المبدأ السائد عند المسلمين هو «مبدأ إقليمية القوانين»، فقد كان طبيعياً أن تطبق الشريعة الإسلامية على كافة البلاد التى فتحها المسلمون، سواء فى ذلك علاقة المسلمين ببعضهم أم فى علاقاتهم بغير المسلمين وأيضاً بالنسبة لكافة العلاقات بين غير المسلمين بعضهم بالبعض الاخر(٢).

وهكذا حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الرومانى وغيره من

---

(١) دكتور/ محمود السقا: تاريخ النظم القانونية والإجتماعية فى مصر الإسلامية، طبعة ١٩٩٢، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٢٥ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: أصول النظم القانونية فى البلاد العربية، ص ٨٧ - ٨٨ .

بيد أنه وإن كان ماورد بالمتن هو القاعدة العامة، إلا أنه يوجد بعض الاستثناءات بالنسبة للذميين فى مسائل الزواج والتحكيم ، فذلك يكون خاضعاً لشريعتهم هم، فإذا ثار خلاف فالعودة دوماً للشريعة الإسلامية عامة التطبيق. دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى، الناشر دار النهضة العربية، ص ٣٩٧

القوانين التى كانت مطبقة فى البلاد التى فتحها المسلمون. وبالنظر إلى أن معظم البلاد العربية كانت خاضعة لسلطان روما يطبق فيها القانون الرومانى، وفى هذا الوقت كان الرومان قد بلغوا شأواً بعيداً فى الحضارة والمدينة وكان القانون الرومانى قد جاوز مرحلة النضوج والاكتمال، علي خلاف الحال بالنسبة للعرب الذين كانواوقت ظهور الإسلام يعيشون عيشة غليظة وبسيطة حيث لم تكن لهم مدنية تدانى مدنية وحضارة الرومان، وكانت الشريعة الإسلامية في دور التكوين. وبالنظر إلى أنه من الأمور المسلمة فى العلوم الإجتماعية أن الحضارة الأدنى تأخذ عن الحضارة الأعلى وليس العكس، وأن الشريعة الأحدث تاريخاً تأخذ عن الشريعة الأسبق تاريخاً وليس العكس، فإن تلاقى الشريعة الإسلامية والحضارة الإسلامية مع القانون الرومانى والحضارة الرومانية فى أرض البلاد المفتوحة،قد دفع بعض المستشرقين إلى القول بأن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى، سواء فى وقت نشأتها وتكوينها أم فى مرحلة نموها[١].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٤٧ - ٢٤٨.

كان أول من أشار إلي تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى هو أحد المحامين في محكمة الإستئناف المختلطة وهو «دمينكوجاتسكى Domminico Catteschi» وذلك فى مؤلفة الحقوق العامة والخاصة العثمانية«Manue di dirrito publice privato Otoomano» والذى طبع بالإيطالية فى الإسكندرية عام ١٨٥٦م. فقد أشار إلى وجود تشابه بين قانون «جستنيان» والشرع الإسلامى، وزعم أن قواعد القانون الرومانى قد تسربت إلى الإسلام عن طريق الأحاديث التى نسبت إلي الرسول عليه الصلاة والسلام، ثم توالت بعد ذلك آراء المتطرفين من المستشرقين الذين أعمتهم معتقداتهم وآرائهم الشخصية وجهلهم =

= بالقانون والشريعة الإسلامية عن أن يسبروا غور المشكلة - التى خلقوها من بنات أفكارهم- علي أساس علمى سليم. دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار نهضة الشرق ، ص٥٢٤ .

وقد حاول البعض أيضاً التشكيك فى العقيدة الإسلامية بالقول بتأثرها بالمسيحية، فذهب البعض إلى أن للمذهب النسطورى أثر كبير على الإسلام في أيامه الأولى أقوى بكثير مما يظن، فقد نظر علماء اللاهوت البيزنطيون إلي الإسلام فى بادىء الأمر علي أنه فرع من الأريوسية ووضعوه في نفس المستوى مع المذاهب المسيحية الأخرى، وفى القرن الثامن نظر يوحنا الدمشقى- الذى عاش فى البلاط الإسلامي - إلى الإسلام على أنه ضرباً من ضروب الانشقاق عن العقيدة المسيحية الحقة، وقد بين «ف. و. بكلر» أخيراً أن نطاق وسلطة البطريركية النسطورية التى تأسست فى بابل عام ٤٩٩م ، كان يشمل الإمبراطورية الساسانية والهند والصين والجزيرة العربية وكان يشمل مصر من آن لآخر، وقال : «وبعد أن فشل نسطوريوس فى إحياء مذهبه فى البلاد الداخلة تحت سلطان الكنيسة المسيحية لم تبق له مندوحة عن أن يحاول إحياؤه فى بلاد الإسلام»، ويقول فى موضوع آخر: «ويرجع الفضل إلى عبقرية محمد فى عودة مذهب نسطوريوس إلى رحاب الدين». وكذلك علق «جريجوار» أهمية خاصة علي التقارب بين الإسلام والمينوفيزية ، وعندما تصدى لشرح قول«بيرين Pirenne» «أن محمد هو الذى صنع شرلمان»، قرر أن «يوتيخيوس»- أحد مؤسسى المذهب المونوفيزى - صنع محمداً، وأن المسيحية البيزنطية فى صورتها المونوفيزية أصبحت أحد أسس الإسلام الرئيسية.

أنظر فى عرض تلك الآراء:

• F. W. Buckler: Barbarian and Greek and Church History , vol.XI, 1942, b.17.

• H. Gregoire: Mahomet et le Monophysisme, Melanges Charles Diehl, Vol. 1, Paris 1930, b.107et s .

بيد أن هذه الآراء كلها افتراضات لا تقوم على أساس صحيح من المعرفة بالإسلام والتوحيد وأصولهما

اختلاف الآراء حول مدى وكيفية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى :

اعتمد أنصار الرأى القائل بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى على أمرين[١]:

أولاً: تلاقى الشريعة الإسلامية مع القانون الرومانى فى البلاد

= وقد ذهب «كارل هاينرنج» إلى أبعد من ذلك فى مقاله عن النصرانية والإسلام، ورد خير ما فى العقيدة الإسلامية إلي مذاهب نصرانية خارجة عن الكنيسة. ومن هذا الطراز ما ذكره «مرجوليوث» عندما أراد تحقيق لفظ «حنيف» إذ ذهب إلى أن لفظ «حنيف» وصف لأتباع مذهب مسيحى منشق عن الكنيسة. وقد غاب عن هؤلاء جميعاً أن التوحيد مذهب قديم وجد قبل النصرانية بزمن بعيد، والروايات الإسلامية صريحة فى أن التوحيد الإسلامى إنما يرجع إلي عقيدة إبراهيم عليه السلام، ولا نزاع عند مؤرخى العقيدة الإسلامية- الذين يعرفونها حق المعرفة - فى أن التوحيد الذى أتى به الإسلام إنما هو توحيد إبراهيم غير متأثر بأى مؤثرات مسيحية. ومن المعروف أن العقيدة الإسلامية لم تتغير بعد وفاة محمد عليه الصلاة والسلام، ومن ثم فلا معنى للقول بتأثيرات مسيحية جدت عليها تحت تأثير اتصالها بالمسيحية فيما بعد، بل العكس هو الصحيح، ومن الواضح أن عقيدة الدولة البيزنطية قد تأثرت بالإسلام تأثراً كبيراً في مسائل كثيرة، وأما عبارة المورخ «هنرى بيرين» فهى عبارة فريدة، وقد أثارت آراؤه الواردة في كتابه عن «محمد وشرلمان» أثارت كلها موجة من المعارضة من مؤرخى العصور الوسطي. أنظر فى ذلك ، نورمان بينز: الإمبراطورية البيزنطية، تعريب الدكتور/ حسين مؤنس و محمود يوسف زايد، الطبعة الثانية ١٩٥٧، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ص٣٦٣ - ٣٦٥.

(١) دكتور/ عادل مصطفى بسيونى: العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوربية، بحث منشور بمعرفة مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبه القومية لليونسكو عام ١٩٧٨ بالمجلد الأول المعنون«التشريع الإسلامى والنظم القانونية الوضعية دراسة مقارنة» ، ص٧ وما بعدها.

المفتوحة فى وقت بلغ فيه القانون الرومانى أعلى مراحل النضوج، بينما كانت الشريعة الإسلامية فى دور التكوين، فضلاً عن أن البلاد المفتوحة كانت قد قطعت شوطاً بعيداً في الحضارة بالمقارنة بحالة العرب البسيطة، مما أدى إلي وجود علاقات إجتماعية وإقتصادية لم يكن للعرب بها عهد ولم يكن فى الشريعة الإسلامية أحكام تفصيلية تحكم تنظيمها(١). وعلى ذلك فإنه من المنطقى - من وجهة نظرهم - أن يتبنى المسلمون الأحكام التى كانت تطبق فى هذه البلاد المفتوحة. فالرومان كما هو معروف صناع قانون، وكانت الحضارة العربية والفقه الإسلامى أيضاً مازالا فى مراحلهما الأولى، فنظراً لسمو القانون الرومانى وتقدمه على الشريعة الإسلامية كان من المنطقى أن تتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني تطبيقاً لقاعدة تأثر الأضعف بالأقوى والأدنى بالأسمى(٢).

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٥١ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار المطبوعات الجامعية، ص ٢٨٢ .

ويقول المستشرق «جولدزيهر Goldziher» فى هذا الصدد:« إن فقهاء المسلمين لا يمكنهم بقوانينهم البدائية التى حملوها من الجزيرة العربية، سد حاجات مجتمعات بلغت شأواً بعيداً فى المدنية والحضارة كالمجتمع السورى والمجتمع العراقي، ولذلك سارعوا إلى ابتداع نظام قانونى لمواجهة حاجات هذه المجتمعات الجديدة متخذين فى ذلك الوسائل الرومانية». مشار إليه بمؤلف أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ،طبعة ١٩٥٦، الناشر مكتبه نهضة مصر بالفجالة، ص١٢ .

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن القول بتأثر الحضاره الأدنى بالحضاره الأسمى قولاً غير صحيح من الناحية الواقعية، بل إن القول الأسلم والأصح هو تأثر الأضعف بالأقوى وأن المهزوم يقلد المنتصر فى عاداته وتقاليده وقانونه أيضاً، وذلك تطبيقاً للاتجاه=

ثانياً: التشابه الملحوظ بين بعض القواعد الجزئية فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى[1]، ولما كان القانون الرومانى هو الأقدم والشريعة الإسلامية هى الأحدث، فمن المنطقى - من وجهة نظرهم - أن يتأثر اللاحق بالسابق خاصة وأن المسلمين قد خلفوا الرومان فى حكم كثير من البلدان التى ساد فيها القانون الرومانى قرون عديدة[2].

وتأسيساً على هذين الأمرين فقد أثيرت المشكلة، واتجهت الآراء من جانب بعض المستشرقين إلى وجود هذا التماثل، وأن الشريعة الإسلامية أخذت من القانون الرومانى، وبدأوا يتحدثون عن الروافد التى حملت هذه القواعد القانونية من الرومان إلى المسلمين، وهم فى هذا الصدد قد تشعبت بهم السبل، فإنهم وإن إتفقوا علي القول بأن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى، بيد أنهم قد اختلفوا فى عوامل هذا التأثير ومداه.

= الذى ساد بين الشعوب القديمه والذي مفاده أن الشعوب المنتصرة تفرض أنظمتها وحضارتها على الشعوب المقهورة، ولما كان العرب هم الذين كانت لهم الغلبة علي الرومان، لذلك كان طبيعياً أن يكون التقليد أو الاقتباس من الرومان للعرب المسلمين وليس العكس. دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى «العصر الإسلامى»، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٧١ .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادىء تاريخ القانون، طبعة ١٩٥٧، الناشر مكتبة النهضة المصرية، ص ٣٨٦ .

• Morand: Etude de droit musulman algerien, 1910 .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى فى العصرين الإسلامى والرومانى، ص ٢٨٢ .

فمن ناحية مـدى تأثر الشريعة الإسلامية بالقـانون الرومانى نجد أنهم انقسموا إلا ثلاث فرق كالآتى :-

أ- الفريـق الأول قد اشتط وتطرف فـى آرائه وذهب إلي أن الفقـهاء المسلمين قد نقلوا قواعد الفقه الإسلامى عن القانون البيزنطى. وعلى رأس هذا الفـريق «جـولد زيهـرGoldziher» حيـث ذهب فى مؤلفـه «العقـيدة والشـريعـة فى الإسلام» إلى أ ن: «..لـيس الشرع وحـده والسنة والعـقـائد والمبادىء الـسياسـية هى التى اتخـذت شكل الحديث، ولكن كل العـناصر التى استـنبطها الإسلام واقـتبسهـا من مصادر أجنـبية لبـست هذا الشكل، وبذلك بلغ اندمـاج الـعناصـر الأجنبـيـة فى الإسـلام حـداً ضـاعـت مـعـه مناشـئها»[١]. وكذلك ذهـب نفس هذا المذهـب كـل من «فون كـريمر Von kremer»، و «سـانتـيـلانا Santillana» و «كـاروزىCarusi» و«شيلـدون آموسScheldon Amos» حيث قال هذا الأخـير: «إن الشرع المحـمدى ليس إلا القـانون الرومـانى للإمبـراطورية الشـرقيـة معـدلاً وفق الأحوال السـياسية فى المـتلكات العربية»، وكـذلك ذهب إلى القول بأن : «القانون المحمدى ليس سوى قانون جستنيان فى لباس عربى»[٢].

---

(١) جولد زيهر: العـقيدة والشريعة فى الإسلام، ترجـمة محمد يوسف موسى وعـبد العزيز عبد الحق وعلي حسين عبد القادر، ص ٣٩ - ٤٠ .

(٢) دكتـور / صوفى أبو طالـب: بين الشريعـة الإسلاميـة والقانون الـرومانى، ص٥ - ٦ ، والمراجع التي أشار إليها سيادته بالهامش.

• Goldziher: Le dogme et la loi de l'islam, Trad Franc de Felix Arin, Paris 1920, p.39 =

وقد ظهر الرأي القائل بالنقل الكامل لأحكام القانون الرومانى إلى الشريعة الإسلامية فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى فى أعقاب الاستعمار الأوربى للعالم العربى، للقضاءعلى مقوماته الذاتية، ولكن هذا الرأى لايجد مؤيدين فى الوقت الحاضر، إذ يتجه معظم القائلين بالتأثر فى الوقت الحاضر إلى نفى النقل الكامل ويكتفون بالقول بوجود تأثير فى بعض الأحكام[١].

ب- أما الفريق الثانى فقد توسط فى رأيه حيث قال بتأثر الشريعة الإسلامية فى بعض أحكامها بالقانون الرومانى. وعلى رأس هذا الفريق غالبية الكتاب الفرنسيين والمستشرق الهولندى «دى بور» حيث قال : «بعد أن فتح المسلمون بلاداً ذات مدنيات قديمة، ونشأت حاجات لم يكن للإسلام بها عهد، وحلت محل شئون الحياة العربية البسيطة عادات وأنظمة لم يرشد الشرع إرشاداً دقيقاً إلى وجه الحق فيها، ولم يرد فى السنة لا بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها، ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم، وهى وقائع لم ترد فيها نصوص، ولم يكن للمسلمين بد من الحكم فيها إما بما يتفق مع العرف وإما بما يهديهم إليه إدراكهم لمعنى الخير، ولابد أن يكون القانون الرومانى قد ظل زمناً طويلاً يؤثر تأثيراً كبيراً فى هذا الإتجاه في الشام والعراق، وهما من ولايات الإمبراطورية الرومانية

= •Von Kremer : Culturgeschichte des orients unter den chalifen, p.535

• Santillana: Avant propose d'un projet de code de droit musulman Tunisien, 1897 .

• Scheldon Amos: Roman civil law, 2 éd,p. 406 - 414 .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب. تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٥٩

القديمة»(١).

ج- وهناك فريق ثالث نؤيده، ذهب بحق إلى عدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى، وهذه النظرية قد حمل لوائها عدد غير قليل من الفقهاء المسلمين وبعض المستشرقين وعلى رأسهم «ناللينو Nallino» و«فيتزچيرالد Fitzegerald» و«فيجمور Wigmore»(٢).

---

(١) دى بور: تاريخ الفلسفة الإسلامية، ترجمة عبد الهادى أبوريدة، طبعة ١٩٣٨، ص٤٢. مشار إليه بمؤلف الدكتور/ محمد يوسف موسى: المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، القاهرة ١٩٥٤، ص ٨٥.

محمد حافظ صبرى: المقارنات والمقابلات، القاهرة ١٩٠٢، ص٥ . حيث يرى: «إن الإسلام عند فتح البلدان التى كانت تابعة لدولة الرومان كالشام ومصر وأفريقيا والجزائر ومراكش، وجد الشرع الرومى فيها سائداً فنسخ منه ما نسخ وأيد ما أيد، ولذلك كانت أغلب قواعد الفقه الإسلامى موافقاً لقواعد الفقه المصرى والرومى فى مسائل المعاملات الدينية».

وقد تبنى هذا الاتجاه كذلك:

• Lambert: Fonction du droit civil comparé, paris 1903, p. 279 .

(2) Fitzegerald: The alleged debt of islamic law to roman law, in, Law quarterly revien, 1915, p.91 .

• Wigmor: Archives du droit oriental, 1949.

وقد قام أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب بتأييد هذه النظرية، وقام بعده بحوث مستفيضة فى سبيل إثباتها عالج فيها المسألة بصورة كاملة وتفصيلية منها: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، طبعة ١٩٥٦ ، الناشر مكتبة نهضة مصر. تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، طبعة ١٩٨٦، الناشر دار النهضة العربية، وهو المؤلف=

= الذى اعتمدنا عليه في هذا البحث بصفة أساسية، وقد تناول سيادته الموضوع أيضاً فى رسالته للدكتوراه: نظرية ضمان المبيع فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، باريس ١٩٥٢ . ومن الفقهاء المسلمين أيضاً:

دكتور/ عبد الرزاق السنهورى: أصول القانون ، ص١٣٠ ومابعدها.

دكتور/ أحمد زكى عويس: المدخل فى الفقه الإسلامى، طبعة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م، الناشر مكتبة جامعة طنطا.

الشيخ/ محمد أبو زهرة: الملكية بالخلافة فى الشريعة الإسلامية وفى القانون الرومانى، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، ١٩٥١، ص١٠٧ .

دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار نهضة الشرق، ص٥٢٤ ومابعدها. وكذلك رسالة سيادته للدكتوراه والمقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٧٦ تحت عنوان «مبدأ سلطان الإرادة فى العصر الوسيط».

دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصرى في العصرين الإسلامى والرومانى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار المطبوعات الجامعية، ص٢٧٩ وما بعدها.

دكتور/ الدسوقى السيد الدسوقى: استقلال الفقه الإسلامى عن القانون الرومانى والرد على شبهة المستشرقين، القاهرة ١٩٨٦، الناشر مكتبة التوعية الإسلامية.

الأستاذ/ عطية مصطفى مشرفة: القضاء فى الإسلام بوجه عام وفى العهد الإسلامى فى مصر بوجه خاص إلى سنة ٣٥٨هـ ، طبعة ١٩٣٦، الناشر مطبعة الاعتماد، ص١١٧ وما بعدها.

دكتور/ فايز محمد حسين محمد: الأصول التاريخية للقانون المصرى، الجزء الأول، طبعة ١٩٩٩، الناشر دار النهضة العربية، ص٢٤ ومابعدها.

دكتور/ طه عوض غازى: النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٩١ . =

أما من ناحية العوامل التى أدت إلى تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني، فقد اختلف المستشرقون أيضاً فيها، وردوها إلى عدة عوامل هى: الديانة اليهودية والنصرانية، ومعرفة الرسول ﷺ بالقانون الرومانى، النظام القضائى فى سوريا، ومدارس القانون الرومانى فى الشرق، الثقافة اليهودية والسريانية والإغريقية

المبحث الأول
نظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى والرد عليها

لا يكفى للقول بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى بمجرد حلولها محله فى البلاد المفتوحة، أو أنها كانت فى دور التكوين بينما كان القانون الرومانى قد جاوز مرحلة النضوج والاكتمال، بل لابد من بيان الطرق والوسائل التى عرف بها الفقهاء المسلمون أحكام القانون الرومانى(١).

* دكتور/ متولي عبد المؤمن محمد: نظام الوصاية على القصر فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة المنصورة عام ١٩٩٩ .

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أننا قد أيدنا ذلك الإتجاه فى رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه والمقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ تحت عنوان «مبدأ سلطان الإدارة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى».

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٥٢ .

ولما كانت الشريعة الإسلامية قد أبقت على بعض النظم والتقاليد العربية التى سادت فى شبه الجزيرة العربية قبل الإسلام، فإنه يجب على الباحث - فى نطاق بيان الوسائل التى انتقلت بها نظم القانون الرومانى إلى قواعد الشريعة الإسلامية - أن يتتبع صلة العرب بالرومان قبل بعث الرسول ﷺ أو أثناء البعث أو بعد وفاته وبداية عصر الإجتهاد، ومعرفة ما يمكن أن يقال عنها أنها عوامل تأثير فى الشريعة الإسلامية(١).

الفرع الأول

عوامل التأثير فى مرحلة ما قبل البعث

من المعروف للكافة أن الشريعة الإسلامية لم تكن مجددة فى كل ما جاءت به من أحكام، حيث كان للعرب قبل الإسلام نظماً قانونية تتلائم مع حالتهم الإجتماعية والإقتصادية، وعندما ظهر الإسلام استبقى بعض هذه النظم وعدل بعضها الآخر واستحدث نظماً أخرى لم تكن معروفة للعرب.

وقد ذهب بعض المستشرقين إلى أن القانون الرومانى قد أثر فى العادات والنظم القانونية والفكرية العربية قبل الإسلام وذلك عن طريقين: التجارة والدين.

أولاً : طريق التجارة :

ذهب بعض الباحثين إلى أن العرب كانت لهم صلة وثيقة بالرومان من الناحية الإقتصادية والتجارية، حيث كانت توجد بيوت تجارية

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى». ص ٣٩

رومانيـة فى شبه الجـزيرة العربية وخـاصة فى مـدينة مكة. وذهب رأى آخر - يضم غالبية الباحـثين - إلى أن العرب كانوا على صلة بالدولة الرومانية، إلا أن هذه الصلة كانت غـير وثيقـة، وكانت هذه الصلة عن طريق التـجارة وعن طريق مملكـة الغـسـاسنة الواقـعـة جنوب الشـام على حـدود الجـزيرة العربية. فعن طريق هذه الصلات التـجارية بين العرب والروم انتقل القانون الرومانى إلى العادات العربية، وحيث أن الشريعة الإسلامية قد تبنت الكثير من تلك العـادات، فإن قـواعد القانون الـرومانى قد تسـربت إليهـا من هذا الطريق[1].

النقد: إذا كان اعتماد الفقه الإسلامي علي القواعد العرفية التي عرفها العـرب قبل الإسـلام- فى الحقـيقـة- مسـألة لا خلاف حـولها، حـيث أن الشريعة الإسـلامية قد تبنت الكثير مـن تلك النظم القانونية[2]، إلا أنـــه لا يمكن التسليم بأن هذه القواعد قد تأثرت بالقانون الرومانى، ذلك أن حقيقة الواقع أن اتصال العرب بالرومان عن طريق التجارة لم يكن له أثر فى النظم القانونية والفكرية وذلك للآتى:-

١ - كان العـرب يدينون بالوثنيـة وكان الرومـان ديانتهم المسـيحـية، ولماكانت النظم القانونيـة قديماً ترتبط ارتباطاً وثيقـاً بالدين، فإنه يمكن القول باستحالة نقل النظم القانونية الرومانية إلى العرب لاختلاف الدين.

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص٥٦

(٢) دكتور/ محمد يوسف موسى: المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، ص١٣

٢- كانت الدولة الرومانية تخصص مناطق معينة للعرب لممارسة التجارة فيها فى جنوب الشام، وكانت لا تسمح لهم بتجاوز هذه المناطق، مما يجعلهم مقيدين فى التحرك في الدولة الرومانية.

٣- تفشى الأمية بين العرب حيث أن معظهم كانوا يجهلون القراءة والكتابة، والدليل علي ذلك أنه عند ظهور الإسلام لم يكن يعرف القراءة والكتابة من أبناء قبيلة قريش- وهى أعظم القبائل العربية شأناً وحضارة - سوى سبعة عشر شخصاً.

٤- إذا كان هؤلاء التجار الأميين يصلحون لنقل بعض المظاهر المادية للحضارة،إلا أنهم لا يصلحون كأداة لنقل الثقافة القانونية والفكرية، ويؤيد ذلك أنه على الرغم من العلاقات التجارية الرومانية العربية التى استمرت لقرون طويلة فإن العرب ظلوا على حالهم من التأخر الإجتماعى[1].

ومن الجدير بالذكر أن الحالة القانونية في الجزيرة العربية لم تكن قائمة على شريعة منظمة، بل كانت خاضعة لعادات وتقاليد قد تختلف باختلاف القبائل[2].

ثانيا: طريق الدين:

ذهب بعض الباحثين – فى نطاق مقارنة القانون الرومانى بالشريعة الإسلامية- إلي أن القانون الرومانى قد أثر العادات والنظم القانونية العربية

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص ٢٥٣ .

(٢) الأستاذ/ على بدوى : أبحاث فى تاريخ الشرائع، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، السنة الأولى، ص ٣٢٨

في العصر الجاهلى عن طريق الدين فقواعد الشريعة الإسلامية قد اعتمدت كأساس عام على القواعد العربية السائدة فى شبه الجزيرة العربية قبل الإسلام، ولما كانت هذه القواعد قد تأثرت بالقانون الرومانى وذلك عن طريق الديانة اليهودية والنصرانية، فإن قواعد القانون الرومانى قد تسربت إلى الشريعة الإسلامية عن طريق القواعد العرفية السائدة قبل الإسلام[١].

فذهب «دراست Dareste» إلى أنه: «تدل النظم القانونية التى كانت سائدة لدى العرب قبل الإسلام على أن مدنيتهم كانت ما تزال بدائية لدرجة لا يمكن مقارنتها بالمدنية الرومانية، والبناء القانونى الذي أقامه المسلمون يعتمد فى أساسه على القانون العربى القديم الذى تعدل وصحيح على يد محمد- صلى الله عليه وسلم - وتطور تحت تأثير عناصر مستمدة من اليهودية والنصرانية»[٢]. ويوضح الفقيه الفرنسى «لامبيرLambert» كيفية تسرب القواعد القانونية الرومانية إلي القواعد والعادات العرفية التي عرفها العرب قبل بعث محمد - صلى الله عليه وسلم- بقوله: «إن العادات العرفية التى عرفها العرب قبل الإسلام تكشف- غالباً- عن تشابه ظاهر للعيان بينها وبين قواعد الواردة فى التوارة، وهذا ظاهر بصفة خاصة فى القواعد الخاصة بتنظيم الأسرة وشكل وشروط الزواج ونظام الإرث ونظام الرق وقانون العقوبات والأخذ بمبدأ الإنتقام الشخصى»[٣].

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص ٤٢

(2) Dareste: Etude d'histoire du droit, Paris 1899, p.55.

(3) Lambert: Fonction du droit civil comparé, Paris 1903, p. 188 .

النقد: هذا القول من جانب بعض الباحثين قد جانبه الصواب للأسباب الآتية:

١- من المعروف أن النصرانية في عهودها الأولى قد انقسمت إلى عدة كنائس هي: الملكانية والمارونية والنسطورية واليعقوبية، وبينما كانت الدولة الرومانية يسود فيها المذهب الملكاني، كان النصارى فى الجزيرة العربية على المذهب اليعقوبي، وكان كل من المذهبين يرمى الآخر بالهرطقة، وكان هذا سبباً فى الصلة الوثيقة لنصارى شبه الجزيرة العربية بدولة الحبشة حيث انتشر المذهب اليعقوبي، واتجاههم إلى إضعاف الصلات بالدولة الرومانية التى تخالفهم فى المذهب. أضف إلى ذلك أن القانون الرومانى كان بعيد الصلة عن الكنيسة إذ هو قانون علمانى، أما الكنيسة فقد كان لها قانونها الخاص وهوالقانون الكنسى[١].

ويجدر بالذكر أن النشاط الثقافى الحقيقى لنصارى الرومان والكنيسة كان منصرفاً إلى الفلسفة وعلم اللاهوت. وبالتالى بعيداً عن مسائل القانون[٢]. ولم تظهر لهم مؤلفات فى القانون إلا بعد نضوج الفقه الإسلامى.

٢- من المعروف كذلك أن النظم القانونيه اليهودية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالديانة اليهودية، وهى مغايرة للديانة الوثنية التى اعتنقها العرب. فضلاً عن أن القانون اليهودى لم يتأثر بالقانون الرومانى، بل العكس هو

---

(١) الأستاذ / على بدوى: التاريخ العام للقانون، القاهرة ١٩٤٧ ، ص ١٥٢ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية- العصرين الرومانى والإسلامي»، طبعة ١٩٧٨، الناشر دار الفكر العربى، ص ٢٣١ .

الصحيح، فمن المؤكد أن الكثير من النظم القانونية اليهودية قد تسربت إلى القانون الرومانى[١].

٣- من المعلوم كذلك أن عدد اليهود والنصارى فى شبه الجزيرة العربية قبل الإسلام كان قليلاً[٢]. فإذا افترضنا جدلاً إمكانية تأثر النصارى واليهود فى الجزيرة العربية بالنظم القانونيه الرومانية، فكيف يتسنى لهذه الفئه القليلة أن تقوم باختراق النظم القانونيه العربية وتعمل على تسريب قواعدها إلي العرب الذين يدينون بالوثنية.

من كل ما تقدم يمكننا أن نخلص إلى أن العرب لم يتأثروا بالنظم القانونية البيزنطية فى الفترة السابقة على ظهور الإسلام، وأن القانون البيزنطى لم يصل إلى شبه الجزيرة العربية ولم يعرفه العرب طيلة العصر الجاهلى. وهذا هو الرأى السائد الآن بين المستشرقين القائلين بنظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى[٣].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص٢٨ .

(٢) الأستاذ/ أحمد أمين : فجر الإسلام، ص ٢٩ .

(3) Wigmore: Archives du droit oriemtal, 1949.

• Schacht: Droit byzantin et droit musulman, 1956.

أشار إليه أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب فى مؤلفه: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٥٥ .

الفرع الثانى

عوامل التأثير فى مرحلة البعث

ذهب بعض المستشرقين وعلى رأسهم المستشرق الإيطالى «كاروزى Carusi» إلى أن محمد - صلى الله عليه وسلم - كانت له معرفة واسعة بالقانون الرومانى البيزنطى المطبق فى الإمبراطورية الرومانية الشرقية، وعن طريق هذه المعرفة تسربت قواعد القانون الرومانى البيزنطى إلى الشريعة الإسلامية(١).

النقد: هذا القول مردود عليه بالحقائق الآتية:

١ - نشأ الرسول- صلى الله عليه وسلم- وتوفى فى بيت عربى أصيل، وفى بيئة عربية خالصة لاأثر فيها للتقاليد الرومانية ولا للقانون الرومانى ولا يوجد فيها من يعرفه، كما أن الرسول الكريم لم يتصور منه الاطلاع على القانون الرومانى مكتوباً لأنه كان أمياً لا يعرف القراءة والكتابة، فقد قال تعالي: «وماكنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمنك إذن لارتاب المبطلون»(٢).

---

(1) Carusi: Il problemo scientifico del diritto musulmano, in Rivista italiana per le scienze giuridiche,1930, p.147 .

مشار إليه بمؤلف أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص ٣٠ .

(٢) سورة العنكبوت، الآية رقم ٤٨ .

٢- لم يغادر الرسول - ﷺ- شبه الجزيرة العربية إلا فى رحلتين قبل البعث إلى الشام، وكانت الرحلة الأولى وهو لا يتجاوز الثانية عشرة والثانية وهو لايتجاوز الخامسة والعشرين، وقد وصل الرسول فى هذه الرحلة إلى «بصرى» ومالبث فيها إلا قليلاً حتى رجع إلى مكة، ولم يرافق الرسول في هاتين الرحلتين إلا عرب خلص لا معرفة لهم بالقانون الرومانى، كما لم يخالطه فى «بصرى» أحد من علماء القانون الرومانى أو العارفين به، ولم يكن هناك أي سبب يدعو حكام الدولة الرومانية أو أحد فقهائها لتعليم الرسول قبل البعث قواعد القانون الرومانى فى مدة مكثة فى «بصرى»، ولم تجر العادة بوقوع مثل هذا التعليم مع التجار العرب القادمين إلى الشام فى رحلاتهم المتعددة[(١)].

٣- إن التشريع الاسلامى لله ولرسوله، وبذلك انحصرت مصادر التشريع الإسلامى فى الوحى الإلهى، فالقرآن بألفاظه ومعانيه من عند الله تعالى، وقد أفرد الفقهاء المسلمون عدة مباحث للتدليل علي أن القرآن من عند الله، والسنة كذلك تعتبر تعبيراً غير مباشراً عن إرادة العناية الإلهية لأن الله تعالى لا يقر رسوله على رأيه إلا إذا كان صواباً. والقواعد القانونية التى وردت فى الكتاب والسنة لم تكن تقنيناً شاملاً، ولم تصدر دفعه واحدة بل بمناسبه حالات وقعت فعلاً للمسلمين فى حياتهم اليومية فى شبه الجزيرة العربية، فضلاً عن أنها صدرت فى صورة أحكام كلية عامة دون النزول إلى الجزئيات والتفصيلات إلا فيما ندر[(٢)].

---

(١) دكتور/ عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الناشر دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ص ٧٦ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٥٧ .

ومن كل ما تقدم يمكنا أن نقرر بأن الشريعة الإسلامية لم تتأثر بالقانون الرومانى فى مرحلة النبوة، كما أننا لا نجد من بين المستشرقين الآن من يقول بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى فى عصر البنوة[١].

الفرع الثالث

عوامل التأثير فى مرحلة الاجتهاد

إذا كان القائلون بنظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى قد استقروا على أن الشريعة الإسلامية لم تتأثر بالقانون الرومانى قبل عصر الاجتهاد، إلا أن بعضهم قد ادعى بأن هذا التأثير قد حدث فى عصر الاجتهاد.فبعد وفاة الرسول- ﷺ - فتح المسلمون بلاداً كثيرة كانت خاضعة للدولة البيزنطية، وفى ذلك الحين من الزمن كان القانون الرومانى البيزنطى قد بلغ منتهاه فى النضوج واكتمل صرحه خاصة بعد حركة التقنين التى قام بها الإمبراطور جستنيان، وعلى الطرف الآخر كان الزحف الحضارى للعرب يمشى الهونيا، وكانت الشريعة الإسلامية لازالت فى دور التكوين والنمو، فهناك إذن حضارتان: حضارة أعلى وحضارة أدنى، والقاعدة أن الحضارة الأدنى تأخذ وتنهل من الحضارة الأعلى، ومن هنا ذهب الكثير من المستشرقين القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إلي أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى فى عصر الاجتهاد تطبيقاً للقاعدة السابقة. فانتشار المجتهدين فى البلاد المفتوحة مكنهم من الإطلاع على قواعد القانون الرومانى المطبقة فى هذه البلاد، كما

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»،ص ٦١

أن قلة عدد الأحكام التفصيلية الواردة فى الكتاب والسنة دفعهم إلى تبنى هذه القواعد تحت ستار الاجتهاد[١].

وإذا كان الرأى السائد بين المستشرقين أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى فى مرحلة الاجتهاد، إلا أنهم اختلفوا فى ماهية الوسائل التى تسربت عن طريقها أحكام القانون الرومانى إلى الشريعة فى تلك المرحلة، فأرجعوها إلى عدة وسائل هى: النظام القضائى السورى، مدارس القانون الرومانى فى الشرق، الثقافة اليهودية، الثقافة السريانية، الثقافة الإغريقية.

أولاً: النظام القضائى السورى:

ذهب أحد القائلين بنظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني إلى رأى مفاده تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى فى عصر التكوين وكذلك فى عصر الاكتمال عن طريق النظام القضائي السورى وقت فتح المسلمين لها[٢]، حيث أورد ما نصه: «من المعروف للجميع أنه بجانب الأثر الذي تركه القانون الرومانى فى الشريعة الإسلامية وقت نشأتها كان التطور النهائى لهذا التشريع فى سوريا- فى ظل حكم معاوية- وأن النظام القضائى فى سوريا استمر قريباً جداً من النظام القضائى الذى كان سائداً قبل الفتح الإسلامى، فالمفتى حاكم قضائى يقوم بوظيفة مماثلة لوظيفة البريتور، يقوم بتحرير البرنامج، والقاضى بعد توجيه

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص ٤٤.

(٢) صاحب هذا الرأى هو «سواس باشا Sawas Pacha»، وهو مسيحى من كبار موظفى الدولة العثمانية.

البريتور له عن طريق البرنامج يبحث وقائع النزاع طبقاً للبيانات الواردة في البرنامج ويصدر حكمه على أساس الرأي الذي أبداه البريتور له... إني لا أجهل أنه خلال العصر الإمبراطوري بدأ هذا النظام القائم على البرنامج يترك مكانه - منذ عهد الإمبراطور دقلديانوس- لنظام قضائي جديد يسمى بنظام الدعاوى الإدارية أوغير العادية، وأن استعماله قد بطل نهائياً منذ نقل عاصمة الإمبراطورية الرومانية إلى القسطنطينية، ومع ذلك فالواقع أن المسلمين وجدوا النظام القضائي القائم على البرنامج مطبقاً فعلا في سوريا وقت فتحهم لها»[1].

النقد: هذا الرأي - في اعتقادنا- ما هو إلا قول مرسل، ليس له أي سند من الحقائق التاريخية أو الأدلة العلمية، وذلك للأسباب الآتية:.

١ - إن نظام البرنامج- الذي يدعي صاحب هذا الرأي أنه كان مطبقاًكنظام للقاضي في سوريا وقت الفتح الإسلامي لها- قد ألغي كنظام للتقاضي في الدولة الرومانية قبل ظهور الإسلام بحوالي ثلاثة قرون، وهو ما يؤكد شراح القانون الروماني[2]، وظهر بدلاً منه نظام آخر يسمى بنظام الدعاوى الإدارية، ولم يبين لنا صاحب هذا الرأي ما هية الأدلة التي اعتمد

(1) Sawas Pacha: Etude sur la theorie du droit musulman, Paris 1902.

مشار إليه بمؤلف أستاذنا الدكتور/ صوفي أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص ٢٥٩ .

(2) Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p.188.

عليها كسند لرأيه[١].

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص ٦٣ .

فى عهد قانون الألواح الإثنى عشر سادت الرسمية نظام الدعاوى - وكان يطلق عليها «دعاوى القانون»- فقد كان على الأفراد التفوه ببعض العبارات الرسمية التى كان يحتكر العلم بها رجال الدين، حيث كان علي الأفراد الرجوع إليهم قبل الذهاب إلى الحاكم القضائى (القنصل ثم البريتور المدنى) كما كان الواجب عليهم الاستعانة بهم عند مباشرة التصرفات القانونية. وقد ترتب على الشكلية التى تسود نظام دعاوى القانون أن أى خطأ فى أداء صيغتها يعرض الفرد لضياع حقه. وتنقسم دعوى القانون إلى قسمين: دعاوى تقريرية ودعاوى تنفيذية. أما الدعاوى التقريرية فيقصد بها إقرار الحق قضاء واعتراف الخصم به، وهى ترجع في أصلها إلى التحكيم الاختيارى فيقف دور الحاكم القضائى (القنصل ثم البريتور فيما بعد) عند سماع الادعاءات الرسمية التى يقررها الطرفان ومراقبتهما فى أداء العبارات الرسمية التى حصلا عليها من رجال الدين، ومتى تم ذلك اختار الطرفان القاضى الذى سيفصل في النزاع بموافقة الحاكم القضائى، فالدعوى التقريرية تمر إذن بدورين: دور أمام الحاكم القضائى ودور أمام القاضى أو الحكم. أما الدعاوى التنفيذية فيوقعها من حصل علي حكم على خصمه أو من كان بيده سند تنفيذى آخر، وذلك بقصد التنفيذ، وترفع هى الأخرى بإجراءات شكلية، وتجرى فى الغالب أمام الحاكم ويحصل الدائن بنفسه على التنفيذ بعد ذلك. ونظام دعاوى القانون كان نظاماً معيباً من حيث رسمياته وشكلياته التي تعرض الفرد لرفض دعواه إذا أخطأ فيها، ومن ناحية أخرى فقد كان هذا النظام يعتمد إلي حد كبير على ذاكرة الشهود الذين يحضرون إشهاد الخصومة أمام الحاكم القضائى وعلى أمانتهم. وقد بدت عيوب نظام دعاوى القانون الذى يطبق على دعاوى الرومان عندما قابل الرومان بينه وبين النظام الجديد الخالى من الرسميات الذي يتبعه بريتور الأجانب فى منازعات الرومان والأجانب،وهذا ما أدى إلى اتباعه بالنسبة للرومان أنفسهم بقانون إيبوتياو بقانونى چوليا. وفى العصر =

= العلمي تغير نظام الدعاوى وأهم ما كان يميز النظام الجديد للدعاوى أنه قائم على أساس الصيغة أو البرنامج المكتوب الذي يحيل به الحاكم المتقاضين إلى القاضي أو الحكم، ولذلك سمى هذا النظام بالمرافعات الكتابية أو دعاوى البرنامج. وأول قانون أدخل هذا النظام هو قانون إيبوتيا الصادر بين عامي ١٤٩ و ١٢٦ ق.م. وقد ترك هذا القانون للأفراد حرية الاختيار بين النظام الجديد والنظام القديم أي نظام دعاوى القانون، ثم أصبح نظام دعاوى البرنامج إجبارياً بقانوني چوليا. وقد ظهر هذا النظام في خلال القرن الثالث قبل الميلاد في المنازعات بين الأجانب والرومان، تلك المنازعات التي كانت من اختصاص بريتور الأجانب التي أنشئت وظيفته عام ٢٤٢ق.م. أثر ازدياد المبادلات التجارية بين الرومان والأجانب. وتنحصر مهمة بريتور الأجانب شأنه شأن زميله البريتور المدني في تحديد إدعاءات المتخاصمين وإحالتهما إلى المحكمين، ولكنه في سبيل تحديد هذه الادعاءات لم يلجأ إلي الصيغ الرسمية التي تعتبر وقفاً على المواطنين، ولكنه كان يستمع إلى ادعاءاتهم بدون رسمية، ثم يحددها في محرر يحيلهم به إلى القاضي، ويجد القاضي في هذا المحرر كل مايمكنه من معرفة حدود سلطته. وكان بريتور الأجانب ينشر في منشوره صيغ هذه الدعاوى ليعلمها الأفراد، ويسمى هذا المحرر الصيغة أو البرنامج، وقد أوجد البريتور لكل حق صيغة الدعوى التي تحميه.

وفي عصر الإمبراطورية السفلى إختفى نظام المرافعات الكتابية أو دعاوى البرنامج وحل محله ذلك النظام الذي يسمى بنظام الدعاوى الإدارية أو غير العادية، الذي يتولى القضاء فيه موظفون من قبل الإمبراطور، وبذلك أصبحت الدعاوى تنظر على دور واحد أي بواسطة الحاكم نفسه دون حاجة إلي الإحالة إلى قاضي خاص، كما ظهر نظام الإستئناف، أي التظلم إلى رئيس الحاكم الذي أصدر الحكم. وبنشوء هذا النظام الجديد اختفت صيغ الدعاوى وزال النظام الروماني القديم القائم على التحكيم الخاص، ولم يعد هناك الازدواج الذي كان موجوداً في العصر العلمي بين القانون المدني والقانون البريتوري، فأصبحت قواعدهما في درجة واحدة. وتتميز الأحكام في نظام الدعاوى الإدارية بأنها تنفذ بقوة السلطة العامة، أي أنها مشمولة بالقوة التنفيذية، =

٢- الادعاء بأن الفقه الإسلامى قد اكتمل فى سوريا هو قول يخالف الحقائق التاريخية التى تؤكد أن المدارس الفقهة الإسلامية الأولى قد تكونت في المدينة والكوفه، وهاتين المدرستين هما أكبر المدارس الفقهية الإسلامية، وبجانبها ظهرت مدارس فقهية أخرى فى مكه والبصرة ومصر، ولكنها لم تكن تضارع مدرستى المدينة والكوفه. أما الشام فبالرغم من وجود عاصمة الخلافة الأموية بها إلاأنها لم يظهر بها مدارس فقهية اللهم إلا مدرسة الإمام الأوزاعى الذى أسس مذهباً فقهياً بها، ولكن من المعروف أيضاً أن الإمام الأوزاعى كان من الذين يأخذون بالقرآن والحديث ولم يكن من مذهب الاجتهاد[1]. وهنا أيضاً نلاحظ أن صاحب هذا الرأى لم يبين لنا المصادر التى اعتمد عليها كسند لرأية.

= ويرجع ذلك إلى صدورها من حاكم يمثل الدولة، كما أن الأحكام لا يلزم صدورها دائماً - كما كان الحال دائماً في ظل نظام دعاوى البرنامج- بمبلغ من النقود، بل أصبح من الجائز الحكم بالمطلوب ذاته أيًا كان، ففى دعوى الاسترداد مثلاً يحكم القاضى برد المال إلى مالكه المسترد. أما عن التنفيذ على الأموال، فقد زال التنفيذ الجماعى ، أى نظم تصفية أموال المدين جميعاً، وحل محله نظام الحجز على الأموال، أى ذلك النظام الذى لا ينفذ فيه إلاعلى أموال معينه.

أنظر فى تفضيلات ذلك: دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدراوي: مبادىء القانون الرومانى «تاريخه ونظمه»، طبعه ١٩٥٤، ص ٣٧ - ٣٨ - ١١٧ - ١١٨ - ١٤٥ .

(١) دكتور/ محمد علي محجوب : المدخل لدراسة التشريع الإسلامي والنظريات العامة فى المعاملات، طبعة ١٩٩١ / ١٩٩٢ ، ص ١٩٧ .

٣- ذهب صاحب هذا الرأى إلى حد تشبيه وظيفة المفتى بوظيفة البريتور[١]، وهذه المقولة خاطئة حيث أنه من المعروف أن وظيفة المفتى

---

(١) عرفت وظيفة بريتور المدينة عام ٣٦٧ق.م. وذلك ليتولى مسئولية القضاء المدنى بدلاً من القناصل الذين لم تعد أعباؤهم المتزايدة تسمح لهم بذلك، وقد كان مهمة البريتور تقف عند حد سماع إدعاءات الطرفين المتنازعين وإلى تلاوتهما للصيغ الرسمية التى كان أصحاب الشأن يحصلون عليها فى الأصل من رجال الدين الذين احتكروا العلم بها، ثم يحيل البريتور الطرفين بعد ذلك إلى حكم يفصل فى النزاع. ولنا أن نستنتج كيف كان دور البريتور هزيلاً - فى هذا الوقت- إذا قيس بدور رجال الدين الذين احتكروا العلم بالقانون، فهم يعطون الصيغ لأصحاب الشأن، وإليهم يرجع البريتور طالباً الرأى إذا استشكل عليه أحد الأمور.

وعندما اختفى دور رجال الدين فى احتكار القانون، وظهرت بدلاً منهم مجموعة من المدنيين وهم الفقهاء، اتسعت سلطة البريتور، إذ لم يعد العلم بالقانون حكراً على أحد، ولم يعد للفقهاء سلطة إلزام البريتور باتباع سلوك معين، وبذلك أصبح البريتور هو المختص ببيان القواعد القانونية التى تحكم علاقات الأفراد الذين تثور المنازعات بينهم حتى يلتزم بها الحكم أو القاضى الذى تحال إليه الدعوى للفصل فيها.

والبريتور قد يجد تلك القواعد فى العرف السارى، وإذا لم يجد قاعدة تحكم الموضوع، أو يجد قاعدة قديمة لم تعد تتمشى مع مبادىء العدالة، فإنه كان يبتدع ويخلق وسائل جديدة للحماية، وبذلك بدأ الدور الخلاق للبريتور واعتبرت اجتهاداته مصدراً من مصادر القانون الرومانى. وقد عرف الفقهاء الرومان القانون البريتورى بأنه القانون الذى أوجده البريتور لضمان تطبيق القانون المدنى أو تكملة ما يظهر فيه من نقص أو لتعديله، وكانت منشورات البريتور هي نواة القانون القانون البريتورى، وقد اعتبرها الفقهاء مصدراً للقانون منذ القرن الثالث قبل الميلاد، وعلل الفقهاء اعتبارها مصدراً للقانون بأن العرف جرى على الأخذ بها فهى من أهم مصادر التقاليد العرفية. =

لم تظهر كوظيفة رسمية إلا فى عصر الدولة العثمانية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لا يمكن تشبيه وظيفة المفتى بوظيفة البريتور وذلك لأن نظام القضاء فى الإسلام كان يقوم على نظام تعيين القاضى بواسطة الدولة،

= وعند نهاية عام ٢٤٢ ق. م وبداية عام ٢٤١ ق.م أنشأت ظيفة بريتور الأجانب، وابتداء من هذا التاريخ أصبحنا أمام حاكمين: بريتور المدينة و بريتور الأجانب، حيث انعقد للأخير الاختصاص بولاية القضاء فى المنازعات التى تنشأ بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان.

•D.Arriat: Le préteur peregrin, Paris 1955, p.1.

•Levy Bruhl: Quelques prablemes du trés ancien droit romain, theorie de l'esclavage, Paris 1934 .

دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور / عبد المنعم البدراوى: مبادىء القانون الرومانى «تاريخه ونظمه»، ص ٦٤ .

دكتور/ فتحى المرصفاوى: شريعة الرومان «البيئة، المصدر، المآل»، ص ١٢٧ .

دكتور/ صوفى أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى، طبعة ١٩٦٥، ص ١٠٢ .

دكتور / صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعه ١٩٨٦، الناشر دار النهضة العربية، ص ٣٦٤ .

دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الموجز فى القانون الرومانى، الجزء الأول ،طبعة ١٩٥٣،ص ٧٥ .

دكتور / محمود السقا: العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا فى نطاق فلسفة المدينة العالمية، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة ، أكتوبر ١٩٧٤ ، السنة ٦٥ ، العدد ٣٥٨ ، ص ٦٩١ .

رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى ، ص ١٩٠ وما بعدها.

وكان يتم اختياره عادة فى أوائل عهد الدولة الإسلامية من بين من تتوافر فيهم صفة المجتهدين، وكانت ترفع إليه الدعوى مباشرة ويفصل فيهما وفقاً لأحكام الكتاب والسنة أو لاجتهاده المبنى على فهمه لما فيهما من أحكام، ولم يكن يخضع لتوجيهات أى شخص آخر. بينما كان نظام القضاء الرومانى - نظام البرنامج الذى زعم وجوده فى سوريا على الرغم من بطلان العمل به قبل ذلك الوقت بنحو ثلاثة قرون- فقد كان يقوم على نظر الدعوى على مرحلتين، مرحلة أولى أمام البريتور ومرحلة تالية أمام القاضى، وكان القاضى الرومانى مقيداً فى الحكم بتوجيهات البريتور التى كان يضمنها برنامج الدعوى، هذا بالإضافة إلى أن القاضى الرومانى كان حكماً يختاره الطرفان، ولم يكن موظفاً تعينه الدولة(١)، من كل ما تقدم يتضح مدى الخلاف بين نظام القضاء فى الإسلام ونظام التقاضى الرومانى.

وحسبنا فى ذلك أن نورد بأن هذا الرأى كان محل نقد من المستشرقين أنفسهم، فالأستاذ «فيتزجيرالد Fitzegerald» علق على هذا الرأى بقوله: «إن سواس باشا حينما أدلى برأيه هذا كان ذهنه - حتما- منصرفاً إلى بعض الوظائف التى وجدت فى عصره، مثل وظيفة شيخ الإسلام فى إستانبول ومفتى الديار فى مصر، وحتى مع ذلك فإنه لا وجه للمقارنة بين هذه الوظائف ووظيفة البريتور»(٢).

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٦٠ .

(2) Fitzgerrald : The alleged debt of islamic law to roman law , in, Law quarterly revien, 1915, p.91 .

دكتور / صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ، ص ٤٦ .

ثانياً: مدارس القانون الرومانى فى الشرق:

ذهب بعض المستشرقين وعلى رأسهم الأستاذ « آموس Amos» إلى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى عن طريق مدرستى القانون الروماني فى بيروت والإسكندرية، حيث بقى تدريس القانون الرومانى بهما بعد الفتح الإسلامى بما يزيد عن قرن(١).

وذهب الأستاذ «فون كريمر Von Kremer» إلي أن كل من الإمام الأوزاعى والإمام الشافعى قد ولدا فى سوريا، فلا ريب أنهما كانا على علم بكثير من قواعد القانون الرومانى البيزنطى التى استمرت فى صورة عادات قانونية(٢).

واعتمد البعض على رأي «فون كريمر» وخرفوا أقواله وذهبوا إلى أن الشافعى قد درس القانون الرومانى فى بيروت(٣).

ومجمل هذا الرأى أن مدرستى القانون الرومانى فى بيروت والإسكندرية، قد كانا مصدر نقل قواعد القانون الرومانى إلى الشريعة الإسلامية، وكذلك العادات القانونية الموجودة فى سوريا والمتأثرة بالقانون الرومانى كانت أيضاً مصدراً لنقل قواعد القانون الرومانى إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة كل من الإمامين الشافعى والأوزاعى بها(٤).

---

(1) Scheldon Amos: Roman civil law, 2 ed.

(2) Von Kremer: Culturgeschiche des orients unter den chalifen .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص ٤٧ .

(٤) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى . ص ٤٧

النقد: هذا الرأي لا يعدو أن يكون أسطورة من نسج خيال القائلين به - كما وصفه «فيتز جيرالد» - للأسباب الآتية:

١ - من الثابت تاريخياً أن الإمبراطور «چستنيان» قد أصدر مرسوماً عام ٥٣٣م قضى بإغلاق جميع مدارس القانون، ولم يستبق منها سوى مدارس القسطنطينية وروما وبيروت، وتنفيذاً لذلك المرسوم فإن مدرسة الإسكندرية قد أغلقت أبوابها وألغيت قبل الفتح الإسلامى لها عام ٦٤١ م بما يزيد عن قرن من الزمان، فكيف يصح القول بتأثر الفقهاء المسلمين بمدرسة القانون الرومانى فى الإسكندرية والتى زالت وانتهت قبل قدوم المسلمين إلى مصر[١].

٢ - أثبت بعض الباحثين أن مدينة بيروت تعرضت لعدة زلازل هدمتها، ولم يبق لمدرسة بيروت أثر بعد عام ٥٥١م[٢]، وعلى هذا الأساس فقد كانت مدينة بيروت أطلالاً عندما فتح المسلمون الشام عام ٦٣٥م.

فكيف يتصور تأثير لمدرسة مندثرة لا وجود لها - عند الفتح الإسلامى - فى الشريعة الإسلامية.

---

(١) دكتور / محمد على محجوب: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي والنظريات العامة فى المعاملات ، ص ١٩٩ .

(2) Collinet: Histoire de l'ecole de droit de Beyrouth, Paris 1925 .

أشار إليه أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب فى مؤلفه: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص ٢٦٢

٣- إن تاريخ حياة الإمامين الشافعى والأوزاعى، واتجاهما فى استنباط الأحكام يد خض هذا الافتراء والزعم الباطل. فالإمام الشافعى ولد فى غزة أثناء رحلة أبيه إليها وأمه حامل به، وقدمات أبوه بعد ولادته بعامين، فسافرت أمه إلى مكة وأخذته معها، ونشأ بها وتتلمذ على أئمة الحديث بها، ثم ذهب إلى الإمام مالك بالمدينة فتتلمذ على يديه، ثم سافر إلى بغداد حيث التقى مع تلامذة الإمام أبى حنيفة، وفى بغداد أصبح مجتهداً مستقلاً له مذهبه وفكره وطريقته الخاصة فى استنباط الأحكام، ثم سافر إلى مصر لينشر فقهه وعلمه بها. إذن فهو لم يستقر بالشام سوى عامين عقب ولادته، فكيف يكون قد درس القانون الرومانى فى الشام وقد عاش بعيداً عنها طيلة حياته. أما الإمام الأوزاعى فرغم أنه قد عاش فى سوريا إلا أنه كان من مدرسة الحديث، ومعلوم أن هذه المدرسة تعتمد على النصوص فقط ولا تستخدم الرأى إلا عند الضرورة القصوى، فإذا كانت المدرسة التى ينتمى إليها لا تستعمل الرأى ولا تأخذ برأى المسلمين، أفلا يكون من باب أولي أن يكون بعيداً عن الأخذ برأى غير المسلمين[1].

٤- كذلك يجب التنوية - فى هذا الصدد - إلى أن الفقه الإسلامى قبل ظهور الإمامين الشافعى والأوزاعى كان قد تأسس ونما وازدهر، لأن فقه الإمام أبي حنيفه وطريقته في الاستنباط قد أثرى المدرسة العراقية بالكوفة ثراء عظيماً، وبالتالى لم تكن هناك حاجة إلي الأخذ والاقتباس من أى جهة غير إسلامية، وفى نفس الوقت ظهر إلى الوجود كتاب عظيم هو «الموطأ» لفقيه المدينة الإمام مالك فإذا كانت الحالة العلمية الإسلامية بهذا الثراء،

---

(١) دكتور/ أحمد زكى عويس: المدخل فى الفقه الإسلامى، ص٢٠١ .

حيث يوجد بالمدينة والعراق إنتاج فقهى عظيم مأخوذ من قواعد الشريعة الكلية، أيجوز بعد هذا أن يقال أن الفقه الإسلامي بحاجة إلى الاقتباس من القانون الروماني[١].

من كل ما تقدم نستطيع أن نؤكد أن المدارس التى كانت قائمة على تدريس القانون الرومانى فى الشرق كانت قد اندثرت قبل الفتح الإسلامى لتلك البلاد بزمن طويل، وكان من نتيجة ذلك جهل الفقهاء المسلمين بأحكام القانون الرومانى - الذى كانت تقوم بتدريسه تلك المدارس - ومن ثم لم يكن له أثر فى تكوين عقلية الفقهاء المسلمين[٢].

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص ٦٧ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص٦٠ . ويذهب أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب فى نطاق تأكيد سيادته على أصالة الشريعة الإسلامية وعدم تأثرها بالقانون الرومانى إلى أنه: «قد يقال بأن العرب أفادوا من مكتبة الإسكندرية الشهيرة وعرفوا القانون الرومانى من خلال ما وجدوه فيها من كتب قانونية، اعتماداً على رواه بعض الكتاب العرب من أن عمرو بن العاص قد أحرق مكتبة الإسكندرية بإذن من الخليفة عمر.

ولكن هذا القول مردود لأن الرأى السائد بين المؤرخين المعاصرين - أجانب وعرب- ينفى تهمة حريق مكتبة الإسكندرية عن العرب لعدة أسباب منها:

لم يرد ذكر لمسألة حريق مكتبة الإسكندرية فى كتب المؤرخين الذين تكلموا عن فتح العرب لمصر، ومنهم سعد بن البطريق (أوتيخا) المتوفى عام ٣٢٨هـ ويحيى بن سعيد الأنطاكى، والطبرى، واليعقوبى، والبلاذرى، وابن عبد الحكم، والكندى. وأول من تحدث فى هذ الموضوع وألصق التهمة بالعرب هم عبد اللطيف البغدادى (٦٢٦هـ - ١٢٣١م) فى كتابة =

= الإفادة والاعتبار، وابن القفطى (٦٦٦هـ- ١٢٤٨م) في كتابة أخبار العلماء، وأبو الفرج الملطى (٦٨٥ هـ - ١٢٧٧م) فى كتابة مختصر الدول. ثم تناقل تهمة حرق العرب لمكتبة الإسكندرية المؤرخون العرب فى العصور التالية، مثل أبو الفدا والمقريزى. ومن المعروف أن القرن الثالث عشر تميز بعداء شديد بين الدولة الإسلامية ودول أوروبا المسيحية بسبب الحروب الصليبية فضلاً عن تفشى الشعوبية، فبدأت فى هذا الوقت تهمة حرق العرب للمكتبة ضمن حملة العداء الشديد للعرب.

ومن المعروف أن الإسكندرية كانت تضم مكتبتين، المكتبة الأم وهى مكتبةالمتحف، والمكتبة الوليدة التي قامت فى معبد السرابيوم . ومن الثابت تاريخياً أن مكتبة المتحف أحرقت عام ٤٨ ق.م عندما أحرق يوليوس قيصر أسطوله فى الميناء، أما مكتبة السرابيوم فقد أحرقت عام ٣٩١م فى عهد تيودوز (٣٧٨ - ٣٩٥م) حينما أحرق المسيحيون بقيادةتيوفيلوس معبد السرابيوم. ولو كانت مكتبة الإسكندرية موجودة عند فتح العرب لها لما أغفل ذكر واقعة حرقها «حنا النيقوسى»الذى كان قريب العهد بفتح مصر وكتب عنه، ولما أغفل قيرس «المقوقس» الوالى الرومانى النص عليها فى شروط الصلح على تسليم الإسكندرية. وفوق ذلك فإن يحيى النحوى «حنا فليبونوس» الذى نسب إليه الحوار بينه وبين عمرو بن العاص حول هذه المكتبة فى كتاب ابن القفطى وأبى الفرج كان قد توفى قبل فتح العرب للإسكندرية بنحو ثلاثين أو أربعين عاماً.

وعلى ذلك فلم يكن فى مقدور العرب الاطلاع علي كتب القانون الرومانى عن طريق مكتبة الإسكندرية لأنها لم تكن موجودة عندما فتح العرب مصر. فضلاً عن أنه لم ينشأ بمصر مذهب فقهى سوى مذهب الليث بن سعد (ولد بمصر وتوفى بها عام ١٧٥هـ)، وقد اندثر هذا المذهب بعد وفاته مباشرة. أما مذهب الشافعى الجديد بمصر فقد استقى أصوله من الحجاز ثم العراق». أنظر مؤلف سيادته: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٦٣ - ٢٦٤ .

ثالثاً: الثقافة اليهودية:

ذهب بعض القائلين بنظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إلى أن قواعد القانون الرومانى البيزنطى قد انتقلت إلى الفقه الإسلامى بوسطة الثقافة اليهودية.

فذهب الأستاذ «لامبير Lambert» إلى أنه : «مما لاشك فيه أن القانون الرومانى أثر فى الفقه الإسلامى بصورة ملحوظة، كما هو الحال فى نظام الالتزامات، سواء منذ البداية أم بعد ذلك، وبصفة خاصة منذ اللحظة التى نشأت فيها علاقات يومية بين العرب وبين السكان الذين كانوا يقيمون بصفة دائمة فى سوريا وفلسطين ومصر والذين كانوا يطبقون - منذ زمن طويل - القانون الرومانى، ولكن هذا التأثير حدث غالباً عنْ طريق التلمود الذى عمل على إذاعة الأفكار القانونية البيزنطية فى الفقه الإسلامى»(١).

ويذهب الأستاذ «دراستDareste » إلى تأييد ذلك الرأى بقوله: «اعتمد البناء القانونى الذى أقامه العرب على القانون العربى الوطنى الذى كان سائداً وقت الإسلام، بعد تعديله وتصحيحه فى أكثر من موضع على يد الرسول محمد - صلى الله عليه وسلم - وبعد تطويره بإدخال بعض العناصر المستمدة من اليهودية ......ومن هنا ظهر أثر الغرب فى الفقه الإسلامى»(٢).

---

(1) Lambert: Fonction de droit civil comparé, Paris 1903, p.283 .

(2) Dareste: Etude d'histoire du droit , Paris 1899 , p.55.

وعلى ذلك فـإن هذا الرأى يذهب إلى أن القـانون الرومـانى قـد أثر بصـورة غيـر مباشرة فى الشـريعة الإسـلامية عن طريق القانون الجـاهلى وكـتاب التلمـود اليـهودى. وبيـان ذلك أن القانون الجـاهلى تأثر بالقـانون الموسوى فـتسـربت إليه بعض قـواعد القـانون الرومانى كـما تسـربت إلى التلمود من قبل، وحيث أن الشريعة الإسلامية قـد أقرت بعض نظم عرب الجـاهلية، فـقـد تسربت بعض قـواعـد القانون الرومـانى بهـذا الطريق إلى أحكام الشريعـة الإسلاميـة، وكذلك فـقد أخذ فـقهاء الشـريعة الإسلامـية بعض مـا فى التلمود من أحكام ممـا أدى إلى تسريب بعض أحكام القـانون الرومانى الموجودة فى التلمود إلى الشريعة الإسلامية[1].

النقد: هذا الرأى يمكن الرد عليه بالأدلة الآتية:

١- من المسلم بـه أنه حـينمـا تلاقى القـانون الرومــانى مع القـانون اليـهودى فى الشـرق فى القرون الأولى لميلاد السـيد المسيح كان القـانون الرومانى فى أوج مجـده، وبالنظر لارتباط القانون اليهودى بالعقـيدة الدينية فإنه لم يتـأثر بالقانون الرومانى إلا فى نطاق ضيـق جداً لا يتجاوز اسـتعارة بعض الألفاظ الإغريقيـة. أما فى العصر البيزنطى فـشراح القانون الرومانى مجمعون على أن القانـون الرومانى هو الذى تأثر بالقانون اليهودى. فكيف يتصـور القول بأن القـانون الرومانى أثـر فى الشريعـة الاسلاميـة عن طريق القانون اليهودى فى الوقت الذى يؤكد فيـه شراح القانون الرومانى أنفسهم أن القانون اليهودى هو الذى أثر فى القانون الرومانى[2].

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص٤٨ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٦٥ .

٢- إذا كانت الثقافة اليهودية قد لعبت دوراً شاحباً فى ميدان الأدب والفلسفة بالنسبة للعرب، إلا أنها لم تكن ذات أثراً على الإطلاق بالنسبة لميدان الفقه والقانون. كما أن التاريخ لم يذكر لنا اسم واحد من فقهاء الشريعة الإسلامية كان من أصل يهودى(١).

٣- اختلاف الاحكام الواردة بالتلمود لما هو مقرر فى الفقه الإسلامى، من ذلك الزواج فهو عقد شكلى عند اليهود لا ينعقد إلا إذا توافرت فيه أشكال معينة مثل نطق العاقدين بعبارات خاصة باللغة العبرية وكتابة العقد وتقديسه عن طريق إقامة صلاة دينية خاصة يحضرها عدد معين من الرجال ولا يجوز عقده فى أيام الأعياد اليهودية ولا فى أيام السبوت، بينما ينعقد الزواج فى الفقه الإسلامى بالتراضي وبحضور شاهدين ولا يشترط لعقده أشكال خاصة. والقانون اليهودى يبيح تعدد الزوجات بلا حد، بينما الشرع الإسلامى يبيحه إلي حد أربع زوجات.

• Volterra: Diritto romano è dirittio orientali, Bologna 1937, p. 246. =

مشار إليه بمؤلف أستاذنا الدكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، طبعة ١٩٨١، الناشر دار الفكر العربى.

(١) دكتور/ فايز محمد حسين محمد: الأصول التاريخية للقانون المصرى، ص٣٧ .

«اليهود الذين أسهموا فى الحركة العلمية الإسلامية واهتموا بالمسائل الدينية وبرواية الحديث والقصص فضلاً عن النواحى العلمية كالطب، من أشهرهم: عبد الله بن سلام (توفى عام ٤٠هـ) وكعب الأحبار وعبد الله بن سبأ والطبيب ماسرجويه، وجميعهم ليسوا من الفقهاء. ولم يعرف أحد من الفقهاء تثقف على أيديهم، بل إن فريقاً من العلماء نظروا اليهم نظرة ارتياب فيما رووه من أحاديث». دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٦٦ .

والمرأة المتزوجة فى القانون اليهودى لا تملك التصرف فى أموالها إذ ليس لها أهلية التعاقد وجميع ما تملك لزوجها يتصرف فيه كيف يشاء، والشريعة الإسلامية تخالف القانون اليهودي فى هذه المسألة فهى تعترف للمرأة المتزوجة بكامل أهليتها وقدرتها على التصرف فى أموالها دون إذن زوجها. والطلاق يقع فى الشريعة الإسلامية دون اشتراط لشكل معين، بينما فى القانون اليهودى لابد لوقوعه من أشكال معينة مثل كتابته باللغة العبرية وعدم وقوعه فى أيام السبوت والأعياد . والوصية لأجنبى جائزة فى الشريعة الإسلامية مع وجود الوراث فى حدود الثلث، بينما لا تجوز الوصية فى القانون اليهودى إلا عند عدم وجود إبن ذكر. والتركه تنتقل إلى الورثة بمالها من حقوق وما عليها من ديون إذا قبلوا الميراث فى القانون اليهودي، بينما الحكم فى الشريعة الإسلامية أن التركة تنتقل إلي الورثة غير مثقلة بالديون بمعنى أن الوارث لا يلزم بدفع ديون المورث وإنما توفى من تركته أولاً فإن بقى شئ منها استحقه الوارث وإن لم تف التركة بسداد الديون فلا يلزم الوارث بشئ. والرضاع يعتبر من موانع الزواج فى الشريعة الإسلامية، بينما لا يعتبر كذلك فى القانون اليهودى. وعقوبات التعزيز موجودة فى الفقه الإسلامى، بينما لا وجود لها فى القانون اليهودى(١).

من كل هذا يتضح بطلان الادعاء بتأثير القانون اليهودى فى الفقه الإسلامى وبالتالى تأثر الأخير بالقانون الرومانى(٢).

---

(١) دكتور/ صبحى محمصانى: فلسفة التشريع فى الإسلام، ص١٩٥ .

(٢) يتلاحظ فى هذا الصدد أن القول بعدم تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون اليهودي لا ينصرف إلى أحكام التوراة لأن هذه سابقة على مولد القانون الرومانى، فضلاً عن أنها كتاب سماوى ومن ثم تدخل فى «شرع من قبلنا» وهو يعتبر مصدراً للفقه الإسلامى=

رابعاً: الثقافة السريانية:

ذهب بعض القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى - الأستاذ كاروزى «Carusi» والأستاذ توليدو «Tolido»[1] - إلى أن الفقه

= بشروط معينه. وشرع من قبلنا يقصد به «الأحكام التى شرعها الله تعالي للأم السابقة على المسلمين كالأحكام التى وردت فى التوراة والإنجيل»، وقد حدد علماء أصول الفقه حجية هذه الأحكام على الوجه الآتى:

أ- الأحكام الواردة فى الكتب السماوية السابقة على القرآن ولم يتعرض لها الشارع الإسلامى - سواء فى الكتاب أو السنة - لا تعتبر ملزمة للمسلمين.

ب- الأحكام التى تعرض لها الشارع الإسلامى صراحة وأنكرها، تعتبر منسوخة ولا يعمل بها عند المسلمين.

ج- الأحكام التى أقرها الشارع الإسلامى تعتبر ملزمة للمسلمين ، إذ بهذا الإقرار أصبحت جزء من التشريع الإسلامى.

د- الأحكام التى أشار إليها القرآن أو السنة دون إنكارها أو إقرارها ولم يقم الدليل على نسخها، هذه الأحكام اختلف الرأى بشأنها والراجح أنها تعتبر ملزمة للمسلمين.

دكتور/ صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٦٦ .

(1) Carusi : Rapporti tra diritto romano è diritto musulmano, exrrait de “Atti della società Italiana per il progresso della scienze”, 1913, p. 7 et s. Il problema scientificio del diritto musulmano, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1930, fas. II, p. 147. Lezione di diritto orientali mediterranei, 1934 - 1935, p. 238. Atti del congresso internazionale di diritto romano, vol. II, p. 590 et s. =

الإسلامى قد تأثرت بالقانون الرومانى عن طريق الترجمة السريانية للكتاب المعروف باسم «الكتاب السورى الرومانى»(١). فقد افترض هذا الفريق من الشراح إمكانية اطلاع الفقهاء المسلمين على تلك الترجمة السريانية. ومن المعروف أن الكتاب السورى الرومانى كتب باللغة الإغريقية فى أواخر القرن الخامس الميلادى، وترجم إلى السريانية فى منتصف القرن الثامن الميلادى، وكان الغرض من وضعه هو تجميع القواعد القانونية البيزنطية اللازمة لرجال القضاء ليسترشدوا بها فيما يصدرونه من أحكام(٢).

= • Sim Tolido: Analyse de la théorie du contrat et obligation en droit civil Ottoman, Thèse, Paris 1915, p. 185.

أشار إلى هذه المؤلفات أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب فى مؤلفه: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص٥ .

(١) السريانية كانت اللغة السائدة فى بلاد الشام قبل الفتح الإسلامى، وقد ظلت كذلك حتى القرن العاشر الميلادى عندما بدأت فى التراجع أمام انتشار اللغة العربية، وقد بقيت حتى القرن الرابع عشر. وقد قام الكتاب السريان بترجمة الكثير من الكتب فى مختلف الفروع عن اللغات الإغريقية والفارسية والهندية، كما أنهم ساهموا بقسط كبير فى الترجمة من تلك اللغات أو من لغتهم إلى اللغة العربية. دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليلية - العصرين الرومانى والإسلامى»، ص٢٣٩ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص٧٨ .

من المسلم أن نصارى الشرق قد خضعوا لأحكام الشريعة الإسلامية باستثناء بعض مسائل الزواج والطلاق حيث كانوا يطبقون القانون الكنسى الذى اعتمد أساساً على الإنجيل وقرارات المجامع الكنسية وكتابات آباء الكنيسة، وبجانب هذه القواعد كانوا يطبقون أيضاً مبادئ مأخوذة من الشريعة الإسلامية. وحينما أصبح المسيحيون أقلية فى البلاد الإسلامية، وبصفة خاصة منذ عهد الحروب الصليبية، بدأت حركة علمية للحفاظ على=

= التراث المسيحى أو لوضع مدونات قانونية خاصة بهم، فظهرت «حركة ترجمة» لبعض الكتب البيزنطية، وبدأت من ناحية أخرى «حركة تأليف» لكتب أو مجموعات قانونية مسيحية تعتمد على الشريعة الإسلامية وبعض أحكام القانون البيزنطى. والكتب التى قاموا بترجمتها هى:

أ- الكتاب السورى الرومانى: وهو كتاب مدرسى يضم بعض قواعد القانون المدنى الرومانى، وقد كتب باللغة الإغريقية حوالى ٤٧٦ - ٤٨٠ ميلادية، ثم ترجم إلى اللغة السريانية حوالى عام ٧٥٠م، ثم ترجم من السريانية إلى العربية عام ١١٠٠م تقريباً، ونسبه مترجمون إلى الأباطرة المسيحيين قسطنطين وتيودوز وليون. ومن الواضح أن الترجمة إلى السريانية قد حدثت بعد اكتمال فقه مدرسة الحنفية، أكثر المدارس الفقهية الإسلامية أخذاً بالرأى (أبو حنيفة ٧٠٠ - ٧٦٧م، أبو يوسف ٧٣٢ - ٧٩٨، محمد ٧٥٠-٨٠٤)، فضلاً عن أن الفقهاء المسلمين لم يعرفوا اللغة السريانية كما أثبت ذلك المستشرق «فيجمور». أما الترجمة إلى العربية فكانت تالية لنضوج واكتمال الفقه الإسلامى فى جميع مدارسه.

ب- مجموعة المختارات (Ecloga) للإمبراطور ليون الثالث: هذه المجموعة القانونية وضعت بالإغريقية عام ٧٥٠م، واعتمدت على مجموعات جستنيان مع تطعيمها ببعض المبادئ المسيحية، وقد ترجمت هذه المجموعة مع بعض ملحقاتها إلى العربية فى بداية القرن الرابع عشر الميلادى.

ج- الوجيز (Prochiron) : وهى مجموعة وضعت باللغة الإغريقية بأمر الملك «بازيل» عام ٨٧٠ - ٨٧٢م، وقد ترجمت إلى العربية فى بداية القرن الثالث عشر، وهذه المجموعة حلت محل المختارات وظلت مطبقة فى ما تبقى من الإمبراطورية البيزنطية حتى سقوطها فى أيدى الأتراك المسلمين.

ثم قام رجال الكنيسة بالتأليف فى القانون ، غير أن مؤلفاتهم ظلت ذات طابع نظرى ولم تطبق إلا فى مسائل الزواج، وأهم هذه المؤلفات: =

وهذا الرأى مضمونه أن القانون الرومانى قد أثر فى الشريعة الإسلامية عن طريق الكتاب السورى الرومانى، حيث اطلع عليه الفقهاء المسلمون واقتبسوا منه بعض الأحكام[1].

النقد: يمكن الرد على هذا الرأى من عدة أوجه كالآتى:

= أ- مجموعة ابن العسال (١٢٣٨م): وقد كتبت باللغة العربية، واعتمد مؤلفها كلية على الفقه المالكى والوجيز البيزنطى، وقد وضع الكتاب لأقباط مصر وهم من أتباع الكنيسة اليعقوبية.

ب- مجموعة ابن العبرى (الفترة ما بين ١٢٥٠ - ١٢٦٣م) : وقد اعتمد مؤلفها كلية على الفقه الإسلامى (المدرسة الشافعية) باستثناء بعض مسائل الأسرة، وقد كتبت باللغة السريانية، ومؤلفها من أتباع الكنيسة اليعقوبية فى آسيا .

ج- مجموعة ابن الطيب (توفى عام ١٠٤٣م): وصاحبها من أتباع الكنيسة النسطورية (تأسست هذه الكنيسة في القرن الخامس الميلادى فى العراق، وإنتشر أتباعها فى العراق وبلاد الفرس، وكانت كل من اللغة السريانية واللغة الفهلوية مستعملة فى هذه الكنيسة). وهذه المجموعة عبارة عن تجميع لمصادر القانون الكنسى والنظم القانونية السائدة لدى الكنيسة النسطورية، وهذه المصادر مرتبة ترتيباً تاريخياً مع ترجمة لها باللغة العربية، وتشمل هذه المجموعة أيضاً عرضاً لنظام المواريث فى الفقه الإسلامى باللغة السريانية. وقد صدرت هذه المجموعة الأخيرة فى الفترة ما بين ٩٠٠ و٩٠٥م. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٦٨ - ٢٧٠ .

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص٤٩ .

١ - أثبتت أبحاث بعض العلماء الذين تتبعوا حركة التأليف والترجمة التى قام بها السريان، أن فقهاء المسلمين مؤسسى المذاهب الإسلامية لم يكن في استطاعتهم الإطلاع على أى كتاب مترجم عن القانون الرومانى، وهذا الرأى قد أصبح حقيقة مسلمة الآن بين المستشرقين(١).

٢ - قام السريان بترجمة كثر من الكتب إلى اللغة العربية فى الفلسفة والمنطق والتاريخ والعلوم، وبذلك قاموا بحركة ترجمة أتت ثمارها فى محيط الأدب، ولم يكن لها دور فى مجال القانون، لأن كتب القانون التى ترجمت وكذلك التى ألفها رجال الكنيسة السريان وقد تمت بعد نضوج الشريعة واكتمالها. فضلاً عن أنه لم يكن من بين الفقهاء المسلمين من كان مثقفاً ثقافية سريانية، بل إن مؤلفات السريان هى التى تأثرت بالفقه الإسلامى(٢).

٣- إن الترجمة السريانية للكتاب السورى الرومانى لم تحدث إلا فى أواخر القرن الثامن الميلادى، وهذا الكتاب ليس سوى كتاب مدرسى ذا طابع علمى بحت، احتوى على القانون الرومانى القديم الذى تعدل فى روما نفسها، كما أنه لم يترجم منه سوى جزء يسير(٣).

من كل ما تقدم نجد أنه قد أصبح من الأمور المسلمة الآن بين المستشرقين أن الفقهاء المسلمين لم يطلعوا على أى كتاب فى القانون

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٦٧ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص٥٣

(٣) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى »، ص٧٢

الرومانى، وكذلك بات من المسلم به أن الفقه الإسلامى لم يتأثر بالقانون الرومانى عن طريق كتب القانون المترجمة[1].

خامساً: الثقافة الإغريقية:

ذهب بعض القائلين بنظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إلى أن الفقه الإسلامى قد تأثر بالقانون الرومانى عن طريق الثقافة الإغريقية فى عهد تكوين الفقه الإسلامى (قبل عصر الترجمة)[2].

---

(1) Schacht : Droit byzantin et droit musulman, 1956, p.8.

(٢) بدأ العرب المسلمون فى ترجمة كنوز العلم من اللغات الأجنبية، وبصفة خاصة من اللغة الإغريقية، فى عهديزيد بن معاوية، وازدهرت هذه الحركة فى العصر العباسى فى عهد الخليفة المأمون على وجه الخصوص. وقد تميز العصر الأموى بظهور مدرستين فلسفتين شهيرتين: مدرسة أهل السنة، ومدرسة المعتزلة، وأتباع المدرسة الأولى لم يتأثروا بغير فلسفة الإسلام ولم يعرفوا غير العربية، على خلاف المعتزلة الذين تأثروا بالفلسفة الإغريقية. ومن هنا قال بعض المستشرقين بتأثر الفقه الإسلامى بالآراء الإغريقية، تلك الآراء التى كانت ركيزة القانون الرومانى البيزنطى.

ويرد على هذا القول بأنه إذا كانت حركة الترجمة قد أتت ثمارها فى محيط الفلسفة والأدب والعلوم إلا أن الفقه الإسلامى كان بمنأى عنها حيث لم يقم المسلمون بترجمة أى كتاب من كتب القانون الرومانى إلى لغة معروفة من العرب قبل القرن الثالث عشر الميلادى، وقد عدد ابن النديم فى كتابه الفهرست أسماء الكتب التى ترجمت والمترجمين ولم يذكر بينها أى كتاب فى القانون . كما أن لواء الزعامة العلمية ظل معقوداً لمدرسة أهل السنة حتى آخر عهد خلافة الرشيد (١٣٦-١٩٣هـ، ٧٥٤-٨١٣م) ولم تصبح الغلبة لمدرسة المعتزلة إلا فى عهد الخليفة المأمون الذى بدأ فى عام ١٩٣هـ، وفى هذا الوقت كان قد اكتمل فقه مذهبين من أهم مذاهب الفقه الإسلامى وهما المذهب الحنفى=

= والمذهب المالكى (وهما من مدرسة أهل السنة). كما أن موضوعات الفقه الإسلامى كانت قد تحددت منذ النصف الأول من القرن الأول الهجرى على يد الصحابة والتابعين الذين تركوا كنزاً ضخماً من الأحكام فى المسائل التى عرضت عليهم، وهذه الثروة الضخمة هى التى اغترف منها أصحاب المذاهب الإسلامية الكبرى فيما بعد. وفوق ذلك فإن الفقه الإسلامى يعتمد أساساً على الكتاب والسنة، ومن ثم يمتنع على الفقهاء المسلمين استعارة أى مبدأ قانونى أو قاعدة قانونية من تشريع أجنبى.

ولذلك لا نجد من بين المستشرقين المعاصرين من ينادى بأن الفقه الإسلامى تأثر بالقانون الرومانى عن طريق الكتب المترجمة.

دكتور/ صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٧٠ .

دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٤٧ .

دكتور / عبد الحميد متولى: مبادئ نظام الحكم فى الإسلام، ص١٧٢ .

دكتور/ محمد يوسف موسى: فقه الصحابة والتابعين، القاهرة ١٩٥٤ .

وفى هذا الصدد يذهب أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب إلى : «غير أن هذا لا يعنى أن كتب المنطق والفلسفة لم يكن لها أثر على عقلية الفقهاء، فانتشار هذه الكتب أدى إلى صقل عقلية فقهاء القرن الثالث الهجرى ومكنهم من الإفادة من دراسة المنطق وطريقة تقديم الحجة والبرهان أو ترتيب الأفكار المتشابهة.. الخ. ولكن هذه الفائدة لا يمكن مقارنتها بالفائدة التى عادت على فقهاء الرومان من فلسفة ومنطق الإغريق، ذلك أن الرومان - خلافاً للمسلمين - لم يقف أثر هذه الفلسفة عندهم عند حد ترتيب الأفكار وعرضها بل تجاوز ذلك إلى حد بناء نظم قانونية على مبادئ فلسفية إغريقية مثل العدالة وحسن النية والثقة والأمانة.. الخ. أما الفقهاء المسلمون فلم تكن أصول الشريعة الإسلامية تسمح لهم بالبحث عن أصول القواعد القانونية فى غير الأدلة الشرعية المعروفة فى علم أصول الفقه، لذلك كان أثر المنطق الإغريقى على الفقهاء المسلمين محدوداً لأن القياس وهو أهم مجال لإعمال قواعد المنطق كان معروفاً منذ القدم، =

فقد ذهب الأستاذ «لويس ميليو Louis Milliot» إلى أن الفقه الإسلامى لم ينشأ فى المدينة وإنما نشأ فى العرق، حيث انتشرت الثقافة اليونانية، واطلع الفقهاء المسلمون عن طريقها على القوانين البيزنطية، وأدعى أنه من الاستخفاف بقدر الفقيهين الكبيرين «أبى حنيفة والشافعى» أنْ نفترض أنهما كانا يجهلان القوانين الرومانية البيزنطية[١]. وقد سار على هذا الدرب أيضاً الأستاذ «جولد زيهر Goldziher» حيث نادى بأن هذا التأثير قد حدث فى عهد تكوين الفقه الإسلامى عن طريق الثقافة الإغريقية قبل عهد الترجمة[٢].

وقد تبنى الأستاذ «شاخت Schacht» هذا الرأى، حيث قال: «نحن نعرف أن الفقه الإسلامى بحالته المعروف بها الآن لم يكن موجوداً طيلة القرن الأول الهجرى، وأن أوائل المتخصصين فى القانون الدينى الإسلامى بدأوا يهتمون بالمسائل ذات الطابع الدينى منذ أواخر ذلك القرن، أما الموضوعات الفنية للقانون، بالمعنى الذى نفهمه نحن من كلمة القانون، فلم يبدأ البحث فيها إلا منذ بداية القرن الثانى الهجرى، وأن أول مركز لهذا النشاط لم يكن فى المدينة بل كان فى العراق، وأن الآراء المنسوبة إلى المشتغلين بهذا النشاط العلمى فى القرن الأول الهجرى كانت غير محددة ومشكوك فى صحة نسبتها إليهم، ونتج عن ذلك أن القرن الأول الهجرى

= ويشهد بذلك كتاب الخليفة عمر إلى أبى موسى الأشعرى». أنظر مؤلف سيادته: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٧١ .

(1) Louis Milliot: Introduction a l'étude du droit musulman, p. 770 - 772.

(2) Goldziher: Le dogme et la loi de l' Islam, Paris 1920 .

يمثل، من ناحية دراسة القانون، فراغاً كبيراً حيث استطاعت الثقافة الأجنبية، والثقافة البيزنطية فى موضوعنا هذا، أن تتسرب إلى المسلمين، وأهم من هذا أن الفقه الإسلامى بدأ يتكون فى فترة كانت فيها أبواب المدنية الإسلامية مفتوحة على مصراعيها أمام حاملى ونقله الثقافة الأجنبية الذين اعتنقوا الإسلام، وفي الواقع فإن عدداً غير قليل ممن اعتنقوا الاسلام من سكان البلاد الى فتحها المسلمون فى القرنين الأولين للهجرة كانوا ينتمون إلى الطبقات العليا فى المجتمع، وإلى ذلك الفريق من الناس الذين تثقفوا بثقافة حرة، أى بثقافة المنطق الإغريقى، وهى الثقافة السائدة في كل البلاد المتأغرقة فى الشرق الأدنى، ومن المعروف عن القرون الأخيرة للعالم القديم أن إعداد المحامين والخطباء، وهي مهنة تختلف عن عمل الفقهاء بالمعنى الدقيق، يقتضى دراسة فى المنطق وبعض مبادئ أولية فى القانون، ومعرفة القانون بصفة إجمالية كانت تعتبر مفيدة بالنسبة لكل المهن، والواقع أن جستنيان قد حرم تدريس القانون بمعناه الفنى خارج الجامعات الإمبراطورية الثلاث: روما، بيروت، القسطنطينية، ولكنه بطبيعة الحال عجز عن تطهير دراسة المنطق - وهى دراسة لازمة ليس فقط لتكوين المحامين بل أيضاً للتعليم العام - من عناصر القانون التى يتضمنها، وإلى هؤلاء الأشخاص، وهم بكل تأكيد ليسوا من المتخصصين ، يرجع تسرب - على مستوى شعبى - أفكار ذات أصل إغريقى إلى اللاهوت الإسلامى وإلى قواعد اللغة العربية ذاتها قبل عصر الترجمة. وهذا هو ما يفسر الطابع الشعبى لهذه الاستعارات، إذ لا يكاد يوجد تطابق فى الحلول الفنية فى الجانبين ولكن يوجد تشابه فى الخطوط العريضة وفى المبادئ العامة وليس فى الحلول الجزئية التفصيلية، إذ توجد دائماً أفكار منتشرة بصفة عامة، يعرفها ليس فقط المتخصصون بل غير المتخصصين أيضاً.. إن الحالات التى حدث

فيها التأثير يمكن معرفتها تبعاً لالتزام معيارين هما: الحالات التى يظهر شذوذها فى الفقه الإسلامى والتى يقتضى تبريرها الرجوع إلى فكرة التأثر بقانون أجنبى سواء كان هذا الشذوذ يرجع إلى اعتبارات تاريخية أم إلى عدم اتساقها مع النظام القانونى الإسلامى أم عدم اتساقها مع الظروف الاجتماعية للمجتمع الإسلامى، أما الحالات التى يظهر فيها تشابه بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى فإن مجرد التشابه وحده مهما كان ظاهراً فإنه لا يكفى لتبرير القول بالتأثير فى القانونين. أما المعيار الثانى فهو ضرورة الاقتصار على القواعد القانونية التى يمكن معرفتها ليس فقط من جانب المتخصصين بل أيضاً من جانب المثقفين عامة ويرجع ذلك إلى ما سبق أن قلناه من أن نقله الثقافة القانونية البيزنطية لم يكونوا من المتخصصين بل من غير المتخصصين من المثقفين ثقافة عامة»[1].

وعلى ذلك فإن هذا الرأى يذهب إلى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى قبل عهد الترجمة عن طريق بعض المثقفين بثقافة إغريقية فى القرن الأول الهجرى والذين اعتنقوا الإسلام، فعن طريقهم تسربت بعض أحكام القانون الرومانى.

النقد: يمكن الرد على هذا الرأى بالآتى:

١ - خلف الصحابة والتابعون خلال القرن الأول الهجرى ثروة فقهية

---

(١) الأستاذ/ شاخت، وقد أبدى هذا الرأى فى بحثه الذى ألقاه فى محاضرة بالإكاديمية الإيطالية للعلوم فى شهر يونيو عام ١٩٥٦، وكان عنوانها «القانون البيزنطى والقانون الإسلامى» Droit byzantin et droit musulman وقد أشار إليها أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب فى مؤلفه : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، ص٢٧٢ - ٢٧٣ حيث تم نقل مضمون رأى الأستاذ / شاخت عن سيادته.

ضخمة من الأحكام والحلول القانونية التى وضعوها للمسائل التى عرضت عليهم فى مختلف فروع القانون، وهذه الأحكام من الدقة والكثرة بحيث يمكن القول بأن مضمون الفقه الاسلامى قد تحدد من الوجهة الموضوعية، مما جعل قواعد التشريع الإسلامى بمنأى عن التأثر بأى قانون أجنبى. أما وضع الاصطلاحات القانونية وقواعد الاستنباط التى يسير عليها الفقيه فإنها وضعت فى القرن الثانى الهجرى، والسبب فى ذلك أن الفقهاء الأوائل لم يكونوا فى حاجة إلى وضع قواعد وضوابط يسترشدون بها فى استنباط الأحكام الشريعة ولم تكن بهم حاجة إلى ألفاظ اصطلاحية معينة. لذلك فإن ما قيل عن أن المسلمين لم يتعرضوا للمسائل القانونية إلا منذ القرن الثانى الهجرى هو قول بعيد عن الصواب وتدحضه الحقائق التاريخية(١).

٢- من المسلم به أن الفقه الإسلامى لم يتأثر بأى ثقافة أجنبية ومن بينها الثقافة الإغريقية، ولا يوجد أى أثر لأية ثقافة أجنبية فى الفقه الإسلامى، وإلا فلماذا لا نجد تشابها فى الأفكار القانونية الإسلامية والأفكار القانونية الرومانية؟. فالفقهاء البيزنطيون عرفوا بطريقتهم الخاصة فى البحث، وهذه الطريقة تتميز بالاهتمام بالمسائل النظرية ووضع القواعد العامة دون الحلول الجزئية التطبيقية، بينما الفقهاء المسلمون - وبصفة خاصة فقهاء القرنين الأول والثانى للهجرة - لم يهتموا إطلاقاً بالنظريات العامة وانصرفوا إلى وضع الحلول الفردية المناسبة للمشاكل التى تعرض عليهم(٢).

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص٧٣.

(2) Wigmore: Archives du droit oriental. 1949. p. 321

٣- ذهب صاحب هذا الرأى إلى أن نقل الثقافة الإغريقية إلى الشريعة الإسلامية قد تم على مستوى شعبى عن طريق المثقفين ثقافة إغريقية عالية بعد اعتناقهم الإسلام، ولم يبين لنا ما هية تلك الأفكار ذات المستوى الشعبى التى انتقلت إلي الفقه الإسلامى. أضف إلى ذلك أن علم القانون له طبيعة خاصة تجعله بعيداً عن هذا المستوى الشعبى، بل يجب لفهمه ملكة خاصة تؤهل لفهم دقائقه. ويحق لنا أن نتساءل، هل فى مقدور هؤلاء الأشخاص نقل ثقافة قانونية من بلد إلى آخر؟، الإجابة قطعاً هى النفى، وإلا فلماذا لم تنتقل الأفكار القانونية البيزنطية بحالتها التى كانت عليها حينذاك إلى الفقه الإسلامى، كما أن التاريخ لا يشهد بأن واحداً من الصحابة أو التابعين أو تابعى التابعين كان مثقفاً ثقافة بيزنطية ثم اهتدى إلى الإسلام[١].

الفرع الرابع

مدى تأثير القانون الرومانى فى الشريعة الإسلامية عن طريق العرف

قد يتبادر إلى ذهن بعض المستشرقين أن فقهاء المسلمين قد أخذوا بعض أفكار القانون الرومانى عن طريق ما كان يجرى عليه العمل فى البلاد المفتوحة والتى اعتاد سكانها على اتباع احكام القانون الرومانى.

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص٧٤.

من المسلم به أن المسلمين واجهوا - بعد الفتح - علاقات اجتماعية جديدة لم يكن لهم بها عهد فى الجزيرة العربية ، فكان من الطبيعى أن يتطور الفقه الإسلامى ليواكب الظروف الاجتماعية والإقتصادية الجديدة، فإذا فرض وعرض نزاع على القاضى المسلم فى البلاد المفتوحة فإنه لا يستطيع أن يرفض الفصل فى النزاع بحجة خلو الأحكام التفصيلية فى التشريع الإسلامى من حكم يطبقه بل عليه أن يجتهد للوصول إلى الحكم الملائم مستلهماً الروح العامة للتشريع الإسلامى ومراعياً مصالح الناس وما جرت عليه عاداتهم وتقاليدهم[١]. ولما كان الفقه الإسلامى قد تبنى بعض الأعراف - بشروط معينة[٢] - التى سادت فى العصر الجاهلى كما تبنى بعض الأعراف التى انتشرت فى البلاد التى فتحها المسلمون، هنا يثور التساؤل حول مدى إقرار أصول الشريعة الإسلامية وأدلتها لتلك الأعراف؟ وهل طرق الاستنباط والتفسير تؤدى إلى الأخذ بهذا العرف أم لا؟ فإن كانت الأصول والأدلة وطرق الاستنباط والتفسير تسمح بذلك فإن تبنى هذا العرف لا يعتبر استعارة لقاعدة قانونية أجنبية، بل يعتبر قاعدة أدت طرق الاستنباط الشرعية إلى الأخذ بها، وفى هذه الحالة تكون هذه القاعدة متسقة ومتلائمة مع الهيكل القانونى والنظم القانونية الإسلامية، وتذوب هذه القاعدة الجزئية فى خضم القواعد العامة وتنصهر فى بوتقة الصياغة الإسلامية فتفقد ذاتيتها. أما إن كان الأصول العامة وطرق الاستنباط لا تسمح بإقرار هذه القاعدة العرفية، ومع ذلك أخذ بها التشريع الإسلامى

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، ص٢٨٠ .

(٢) يشترط فى العرف ما يأتى: أن يكون مطرداً أو غالباً، أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً، ألا يخالف دليلاً أو أصلاً من أدلة أصول الشريعة.

فإنهـا تعتبر قاعـدة مستعارة وتصبح غير منسجمة مع الهيكل القانونى الإسلامى بل تكون قاعـدة شاذة. ولا شك أن الشريعة الإسلامية لا تسمح باستعارة قواعد أجنبية لا تتفق مع الهيكل العام القانونى الإسلامى ومقاصد الشريعة الإسلامية.

وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين العادات والأعراف التي درج عليها العرب والبلاد المفتوحة قبل الإسلام وكانت ذات أصل سامي، وتلك التى ترجع إلى أصل إغريقى وروماني. ولانكاد نعثر فى الأعراف التى تبناها الفقه الإسلامى على قواعد رومانية الأصل، ولكننا نجد بعض القواعد ذات الأصل السامى - وهذه النظم السامية ظلت مطبقة فى البلاد العربية حتى بعد احتلال الإغريق والرومان لها وإن أصابها بعض التعديل - أقرتها الشريعة الإسلامية لأنها تتفق مع أصولها العامة ومبادئها العامة وتوافق مقاصدها[١].

المبحث الثاني

أصالة الشريعة الإسلامية

وعدم تأثرها بالقانون الروماني

تشابه الحلول الجزئية ليس دليلاً على التأثر:

من المسلم به أن العلوم الإجتماعية، ومنها القانون، تسودها مجموعة

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٨٤ .

من القوانين الطبيعية تؤدى حتماً إلي تشابه الحلول والأفكار فى المجتمعات إذا ماتشابهت ظروفها الإجتماعية والإقتصادية ووصلت إلى درجة واحدة من الحضارة والمدنية حتى ولو لم يتم بينها اتصال فكرى أو ثقافى أو جغرافى. وهذه الظاهرة تسود مناحى التفكير المختلفة في العلوم الإجتماعية، ولذلك يقرر العلماء أن تشابه الأحكام فى شريعتين مختلفتين لا يعتبر نتيجة حتمية لتأثر إحداهما بالأخرى، بل يعتبر دليلاً علي أن المجتمعين الذين تحكمها هاتان الشريعتان قد وصلا إلى درجة واحدة من التقدم وتشابهت فيهما الظروف الإجتماعية والإقتصادية والسياسية ...إلخ[1] فالواقع أن كل الشرائع - سماوية كانت أم وضعية - تستهدف

---

(1) Schacht: Droit byzantin et droit musulman, 1956,p.8 .
•Wigmore: Archive du droit oriental, 1949, p.319.
•Zeys: Traité élémentaire de droit musulman, 1885 , vol.1, p.8.

«ومن هنا قد تتشابه بعض الأحكام فى الشريعة الأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية رغم انقطاع الصلة بينها. وهذا هو السبب أيضاً فى التشابه الواضح بين النظم القانونية فى الشرائع السامية، وهي الشرائع التى سادت قبل الإسلام فيما يسمى الآن بالبلاد العربية وفقد ظهرت فى هذه المنطقة حضارات عظيمة تحكمها شرائع قانونية بلغت أعلى درجات الرقى. ولما كانت هذه الشرائع من نتاج الساميين سكان المنطقة أسميت بالشرائع السامية، وأهمها: شريعة بابل وآشور، شريعة مصر الفرعونية، شريعة فينيقيا، شريعة اليهود، شريعة عرب الجزيرة العربية فى العصر الجاهلى.

وبالرغم من أن كل شريعة من هذه الشرائع يحتوي على نظم أصيلة خاصة بها ومستقلة عن نظيرتها فى الشرائع السامية الأخرى، إلا أن هذه الشرائع تكون مع بعضها الآخر وحدة فى الفكر القانوني والمبادىء العامة التى تقوم عليها النظم القانونية. والواقع أن هذه الوحدة القانونية تعكس وحدة البيئة ووحدة الجنس الذى ينتمى إليه السكان=

ضبط وتنظيم العلاقات بين الناس فى المجتمع بما يكفل استقرار هذه العلاقات وتقدم المجتمع فى ضوء المقاصد العامة التي تتوخاها كل شريعة، ولكنها تختلف فى الوسائل التى تتوصل بها إلى بلوغ تلك الغاية فتختلف أصولها ومبادئها العامة وطرق استنباط الأحكام فيها، وعن طريق الأصول والمبادىء العامة والهيكل القانونى يمكن مقارنة الشرائع ببعضها والوقوف على مدى تشابهها أو اختلافها.

ومن المسلم لدى علماء القانون المقارن- وهو مالا ينكره أنصار نظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى- أن التشابه لايعتبر دليلاً على التأثر إلا إذا ثبت بقرائن قاطعة وأمارات واضحة أن هذا التشابه ينم عن تشابه فى الهيكل العام والمبادىء القانونية العامة وعن تشابه فى مصادر القاعدة القانونية وأصول استنباطها، أما التشابه فى الحلول الجزئية فلا يصلح دليلاً على التأثر إلا إذا كان يعكس تشابهاً فى الهيكل العام ومصادر القاعدة القانونية وطرق استنباط الأحكام أوإذاكانت القاعدة الجزئية تمثل شذوذاً فى النظام القانونى- إما لاعتبارات تاريخية أو إجتماعية- فهذا

= ووحدة الثقافة ، وفى كلمة وحدة الحضارة. وأبرز معالم هذه الوحدة القانونية تظهر فى تشابه النظم القانونية لدرجة تصل إلى حد التطابق فى بعض الحالات، وتشابه مصادر القاعدة القانونية وتشابه الروح العامة والطابع الذى يسودها. وصور التشابه سالفه الذكر تجعل من هذه الشرائع فى مجموعها وحدة متميزة عن غيرها من الشرائع التى سادت فى البلاد الأخرى مثل الشرائع الآرية القديمة (شريعة اليونان، شريعة الرومان، شريعة الجرمان، شريعة الأنجلوسكسون).دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٨١ .

الشذوذ يقتضى البحث عن أصلها فى قانون أجنبى[1]. ومن المسلم به أن الهيكل القانونى لكل من الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى يختلفان عن بعضهما تمام الإختلاف، سواء من حيث مصادر القاعدة القانونية وطرق تفسيرها ومقاصد التشريع والمبادىء القانونية العامة.

أولاً: مصادر القاعدة القانونية فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى:

القانون الرومانى: كان العرف هو المصدر الرئيسى للقاعدة القانونية حتى بداية عصر الإمبراطورية السفلى (يبدأ عام ٢٨٤ حتى وفاة الإمبراطور جستنيان عام ٥٦٥م)، ومن ثم يعلو جميع المصادر مرتبة، ولذلك كان قادراً على تعديل وإلغاء القواعد القانونية المتولدة من المصادر الأخرى بما فيها التشريع. ومنذ عصر الإمبراطورية السفلى أصبح التشريع الصادر من الإمبراطور هو المصدر الرئيسى للقانون ولذلك هبط العرف إلى مرتبة أدنى من مرتبة التشريع فى عهد الإمبراطورية السفلى حيث أصبح عاجزاً عن تعديل أو تغيير التشريع ولا يعتد به إلا فى الحالات التى لايخالف فيها التشريع[2]. وخلال مراحل تطور القانون الرومانى ظهرت العديد من

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامي طبعة ١٩٩٢، ص ١٩١.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٨٥ .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p.193 et 217 et 283.

• Cuq: Manuel des institutions juridiques des romans, Paris 1928, p.15et s. =

مـصادر القـاعـدة القانونيـة، كـالعرف والتـشـريع والقرارات الصـادرة من مجـالس العامـة ومنشورات الحـكام وتوصيـات مجلس الشـيوخ وفـتاوى الفقهاء والدساتير الإمبراطورية.

ويتميز مـصدر القاعدة القانونية لدى الرومان بأنه علمـانى يبتعد عن الديانة، فقـد انفصل القانون الرومانى عن الدين منذ صـدور مدونة الألواح الإثنى عشر، وبقى بعيداً عن الدين حتى بعد ظهور المسيحية واعتبارها ديانة رسمية للإمبراطورية الرومانية نتيجة للفصل بين الدين والدولة[١].

كمـا تميز القانون الرومـانى- نتيجـة لاتباع مبدأ شـخصيـة القوانين- بظهور عـدة شرائع قـامت متجـاورة هى: القانون المدنى الخـاص بالرومان، وقانون الشـعوب الذى يحكم الـعلاقات المشـتركـة أو الأجنبيـة، والقانون البـريتورى الثى أوجـده اجتـهاد الحـاكم القـضائى. ولم ينتـه هذا التفـت

= • Huveline: Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, p.33et 67 et 113 .

• Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p.18 et 55 et 79 .

• Bonfante: Histoire du droit romain , 1928,t.1 , p.243 .

• Dumont: Manuel de droit romain, Paris1947, p.21 .

• Cornil: Ancien drait romain, p.22 .

• Maillet: Histoire des institutions, Paris 1947, p.227 et 325.

(١) دكتور/ فتـحى المرصفاوى: تاريخ القانون المصرى «دراسة تحليليـة- العصرين الرومانى والإسلامى»، ص ٢٤١ .

القانونى إلا بتجميع القانون الرومانى فى مدونة چستنيان[١].

الشريعة الإسلامية : تنحصر مصادر القاعدة القانونية لدى المسلمين فى مصدر وحيد هو الوحى الإلهى، سواء بطريق مباشر (القرآن) أم بطريق غير مباشر (السنة النبوية الشريفه)، واعتماد الفقه الإسلامى علي الوحى الإلهى يعتبر من صفاته ومميزاته الأساسية. أما الإجماع فهو وسيلة من وسائل تطور الشريعة الإسلامية، وكذلك القياس فهو وسيلة استدلال عقلية لازمة لتطور القانون ولا يستغنى عنها أى نظام قانونى، وبالنسبة للأدلة الشرعية الأخرى كالإستحسان والمصالح المرسلة والعرف..إلخ، فينحصر دورها فى الكشف عما ورد فى الوحى الإلهى من أحكام وفى استلهام روح التشريع العامة لاستحداث أحكام جديدة، وقد أدى اعتماد الشريعة الإسلامية على الوحى الإلهى إلى اعتبار جميع الأدلة الأخرى مصادر تكميلية ليس إلا، ولا تستطيع تعديل أو تغيير حكم ورد فى الكتاب أو السنة[٢].

ثانياً: منهاج البحث فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى:

القانون الرومانى: تبنى فقهاء الرومان المنهاج الجدلى، وإذا كان فقهاء الرومان فى العصر العلمى لم يتجهوا إلى بناء نظريات عامة- كما فعل فقهاء

---

(١) يتلاحظ فى هذا الصدد أن قانون الشعوب قد اندمج فى القانون المدنى منذ أواخر العصر الجمهورى وتم هذا الاندماج فى أوائل القرن الثالث الميلادى، أما القانون البريتورى فقد ظل محتفظاً بذاتيته حتى عصر الإمبراطورية السفلى ولم يتم اندماجه نهائياً فى القانون المدنى إلا فى عصر چستنيان ومن خلال تقنيناته. دكتور/ صوفى أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٥، ص ١٧٢ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر، ص ٥٥ .

العصـر البيزنطي- إلا أنهم اهتـموا باستخـلاص المبادىء العامة والقـواعد العامة من الحلول الجزئية وذلك إعمالاً للمنهاج الجدلى.

الشريعة الإسلامية: فرق الفقـهاء المسلمون بين حالتين وخـصوا كل حالة من هاتين الحالتين بمـنهاج معين للبـحث يتفق مـعهـا. ففى الأمور الـتى ورد فيهـا نص اعتـمد الفُقهاء المسلمون على المنهاج التحليلي،أى تحليـل النص وتفسيره لاستخراج المعانى والأحكام والفروع. وفى حالة عدم وجود نص فقد لجأوا إلى المنهاج الاستقرائى، أى يدرسون المسألة المعروضـة عليهم أو التى يفترضونها ويجتـهدون فى استنباط الحكم الملائم، سـواء عن طريق القيـاس أو الإجمـاع أو المصالح المرسلة أو الإستحـسان . وبذلك فقـد نهج الفقهـاء المسلمون منهاجـاً فى البحث يختلف تمام الإختـلاف عن منهـاج الفقـهاء الـرومان. كـما كـان الفـقهـاء المسلمون يقـتـصرون على الفـروع والجزئيـات ويحصـرون همهم فى إيجـاد الحكم المناسب للموضـوع محل البحث، ولم يتجهوا أبداً إلى محاولة استخلاص المبادىء العامة أو القواعد العـامة من الحلول الفـرعيـة، فضـلاً عن أنهم لم يحـاولوا أبداً بناء نظريات عامة(١).

---

(١) لعل ذلك يرجع إلى تحـرزهم من الوقوع فى الخطأ أو خوفـهم من الاصطدام بحكم ورد فى الكتاب أو السنة.

وقد اتجه بعض الفقهاء منذ القرن الرابع إلى محـاولة تجميع الحلول الفردية وصياغتها فى قواعد كلية ولكنهم نصحوا بعدم الاستناد إليـها لبيان حكم واقعة جديدة مالم تكن هذه القواعـد مسـتندة إلى نص قرآنى أو حديث نـبوى أو مؤيدة بما جـاء فى الكتب المعتـمدة للفقهاء الأوائل. وقد جـمع واضعوا مجلة الأحكام العدلية عدداً كـبيراً من هذه القواعد الكلية بلغت تسع وتسعين قاعدة خصـصوا لكل منها مادة في المجلة، ولكن تقرير اللجنة التى قامت بجمع المجلـة ينص صراحة فى خصوص هذه القـواعد على أن «حكام الشرع (يعني القـضاة)، مالم يقـفوا على نص صـريح لايحكموا بالاستنـاد إلى واحدة من هذه القواعد» دكـتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشـريعة الإسلامية البـلاد العربية، ص ٢٨٨ .

ثالثاً: وسائل تطور القانون فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى:

القانون الرومانى: وقع عبء تطوير القانون الرومانى قبل عصر الإمبراطورية السفلى على كل من الفقهاء والحكام القضائيين، إذا أن مصدر القاعدة القانونية- فى معظم عصور القانون الرومانى- كان العرف، ولما كان القانون الرومانى قانوناً تقليدياً متسماً بالصيغ والإجراءات الشكلية الجامدة، فإن عمل الفقهاء الحكام القضائيين لتطوير ذلك القانون كان يتم باللجوء إلى الحيلة. ونتيجة اتصال الرومان بالإغريق - منذ القرن الثانى قبل الميلاد - أدى إلى تأثرهم بالفلسفة الإغريقية فلجأوا وإلى اتباع المنهاج الجدلى فى البحث سواء عند تفسير القواعد القانونية أو لمحاولة استحداث قواعد قانونية جديدة ، كما تمكنوا من استعارة بعض الأفكار الفلسفية مثل مبادىء العدالة والقانون الطبيعى و أسسوا عليها بعض النظم القانونية مثل الالتزام الطبيعى ونظرية الإعذار والخطأ التعاقدى..إلخ[1].

وقد لجأ فقهاء الرومان إلى طريقة متميزة لتطوير قانونهم، وهم فى

---

(١) دكتور / محمود السقا: أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، ١٩٧١ .

دكتور/ محمود السقا: شيشيرون خطيباً وفيلسوفاً وفقهياً، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، يوليو ١٩٧٥، العدد الثانى، السنة ١٧، ص ٧٩٩ .

دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الفقه عند الرومان، بحث منشور بمجلة الحقوق، السنة الثالثة، مارس ١٩٤٨، ص ٦٢٥ .

• Ihering: Esprit du droit roman, p.21 et 66 - 68 .

ذلك كانوا يفرقون بين حالة وجود نص يراد تعديله، وحالة عدم وجود حكم قانونى للواقعة المعروضة. ففى حالة وجود نص يحكم الواقعة كانوا يقومون بتفسيره ولكن مع التخلى عن الحرفية باحثين عن روح ذلك النص والمقصد الحقيقى للقانون، واضعين نصب أعينهم المصلحة العامة وقواعد العدالة. أما فى حالة عدم وجود نص قانونى يحكم الواقعة، فقد لجأ فقهاء الرومان إلى سد النقص عن طريق القياس والحيلة مستخلصين قواعد عامة من الأحكام الفردية، وإذ لم تسعفهم هاتين الوسيلتين لجأوا إلى الاستعارة من المبادىء الفلسفية التى قدمتها لهم الثقافة الإغريقية، وهكذا ظهرت لديهم مبادىء العدالة وحسن النية وأسسوا عليها الحكم القانونى. وقد أكتسب ذلك الاجتهاد صفة رسمية ليصبح قاعدة قانونية عن طريق اقتراح هذه الحلول على البريتور - وكان بيده السلطة القضائية - فيدمجها فى منشوره السنوى فتصبح ملزمة، وبعد زوال سلطة البريتور كانوا يقترحون هذه الحلول على الإمبراطور الذى استأثر بسلطة تفسير القانون عن طريق مجلسة الاستشارى[١].

وقد نجم عن ذلك الأسلوب فى خلق القواعد القانونية أن ظهرت عدة نظم قانونية جديدة مستحدثة بجوار النظم القانونية التقليدية، الأمر الذى أدى إلى ازدواج النظم القانونية وتعدد القواعد الواجبة التطبيق[٢].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٥٦ .

(٢) فبجانب القانون المدنى ظهر قانون الشعوب والقانون البريتورى، وبجانب النظم القانونية المدنية (مثل الملكية، العقود، الزواج..إلخ) ظهرت نظم مناظرة لها فى كل من قانون الشعوب والقانون البريتورى، فمثلاً تعاصرت الملكية المدنية مع ملكية قانون الشعوب مع ملكية القانون البريتورى، ولكل منها أحكامها الخاصة المتميزة، ولم يتم توحيد هذه النظم وإدماجها في بعضها بصورة نهائية إلا من خلال تقنين جستنيان.

وفى عصر الإمبراطورية السفلى قفل باب الاجتهاد بصدور قانون الأسانيد عام ٤٢٦م، وبمقتضاه أصبح لكتابات فقهاء العصر العلمى حجية أمام القاضى فالتزم بها بشروط معينة(١). وبعد صدور تقنينات جستينان أصبح الإمبراطور هو المصدر الوحيد للقانون كما أصبح أيضاً الجهة الوحيدة التى يمكنها تفسير القانون، بل لقد وصل الأمر بجستنيان إلى حد تحريم التعليق على ما أصدره من تقنينات أو شرحها (٢).

---

(١) صدر فى عام ٤٢٦م تشريع إمبراطورى عرف لدى الشراح المحدثين باسم «قانون الأسانيد»، وهذا القانون منح لكتابات بعض فقهاء العصر العلمى قوة رسمية، فألزم القضاة بالأخذ بها بشروط معينة. ويقضى هذا القانون بتقسيم فقهاء العصر العلمى إلى طائفتين: طائفة تضم الخمسة الكبار (جايوس ، بابنيانوس ، بولس ، ألبيانوس ، مودستنيوس)، والطائفة الثانية تتكون ممن عداهم من الفقهاء. ولكتابات فقهاء الطائفة الأولى حجية رسمية، أما كتب فقهاء الطائفة الثانية فلا تتمتع بحجية رسمية إلا إذا كانت آراؤهم قد أثبتت بنصها فى كتابات أحد الخمسة الكبار. والكتابات التى لها حجية رسمية على الوجه سالف الذكر يلتزم بها القاضى طبقاً للقواعد الآتية: يتقيد القاضى بآرائهم إذا ما أجمعوا على رأى معين، ويتقيد برأى الأغلبية العددية عند اختلافهم فى الرأى، فإن تساوت الآراء التزم برأى الجانب الذى فيه أمير الفقهاء «بابنيانوس»، فإن لم يكن له رأى فى الموضوع فللقاضى أن يرجح الرأى الذى يراه.

دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، طبعة ١٩٨٦، الناشر دار النهضة العربية، ص ٣٨٣ - ٣٨٤ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٩٢ .

• Monier: Les obligations dans le droit romain , 1946, p.290

الشريعة الإسلامية: كان لاعتماد الفقه الإسلامى على الوحى الإلهى ، وخلو أحكامه من الشكلية، واشتمال الكتاب والسنة على عدد قليل من القواعد القانونية وصياغتها فى صورة قواعد عامة كلية، أثر هام فى وسائل وطرق تطويره. وقد خصص الفقهاء المسلمون علماً مستقلاً بذاته لوسائل تفسير النصوص واستنباط الأحكام أطلقوا عليه «علم أصول الفقه»، وبذلك تميزوا عن الفقهاء الرومان بل وعن سائر فقهاء العالم سواء فى العصور القديمة أو الحديثة.

وقد انطلق علماء أصول الفقه في علمهم مستندين إلى قاعدة ثابتة وهى الاعتماد على الوحى الإلهى، ومن ثم توصلوا إلى تحديد الأدلة الشرعية (مصادر القاعدة القانونية) وحددوا مرتبة كل منها. وبينوا كيفية استنباط الأحكام من النصوص الواردة فى القرآن والسنة، وقرروا أن ذلك الاستنباط لا يتم إلا بعد الفهم الصحيح للمعنى، وهذا الفهم قد يظهر من عبارة النص أو إشارته أو اقتضائه أو مفهومه[1]. أما فى حالة عدم وجود

---

(١) قسم الحنفية دلالة النص إلي: دلالة بمنطوقة ودلالة بمفهومة.

وتقسم دلالته بمنطوقة إلي: دلالة العبارة ، دلالة الإشارة، دلالة الاقتضاء. فدلالة العبارة (وتسمى أحياناً المعنى الحرفى للنص أو المعنى الصريح) ويقصد به دلالة النص علي المعني الذى يتبادر فهمه من صيغة ألفاظه ويكون هو المقصود من سياقه، ودلالة الإشارة يقصد به المعنى الذى لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولا يظهر من سياقه ولكنه لازم للمعنى الظاهر من ألفاظه وبعبارة أخرى هو معنى لايستفاد من العبارة ذاتها ولكنه يجيء نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة ، والفارق بين الحكم الثابت بالعبارة والحكم الثابت بالإشارة أن الأول قد سيق له النص بشكل مقصود أما الثانى فإنه غير بقصود من السياق ولكنه لازم للحكم ويحتاج فى استنباطه إلى قدر من التأمل. أما دلالة الاقتضاء فيقصد=

نص فقد لجأ فقهاء المسلمين إلى القياس عن طريق فهم العلل والأسباب التى شرعت لأجلها أحكام المعاملات وتوصلوا أيضاً باستقراء أحكام الشريعة إلى تحديد مقاصدها العامة (وهى لا تخرج عن تحقيق أمر ضرورى للناس أو حاجى لهم أو تحسينى أو أمر مكمل لواحد من هذه الثلاثة)، ورتبوا على ذلك عدة نتائج منها: ترجيح ما تقضى به المصلحة فى بعض الوقائع التى لانص فيها على ما يقضى به القياس أو مايقضى به تطبيق قواعد الفقه العامة، وهذا هو المراد بالاستحسان ، ومنها أيضاً جواز بناء التشريع على المصلحة فى الوقائع التى لم يرد فيها نص. وعن طريق هذه الأدلة (الإجماع، القياس، الاستحسان، المصالح المرسلة) دخلت القواعد العرفية فى الفقه الإسلامى واندمجت فيه طالما أنها لا تعارض نصاً قطعى الدلالة فى الكتاب أو السنة وطالما أنها لا تخالف الروح العامة للتشريع الإسلامى. ثم أصبح العرف دليلاً مستقلاً.

وقد ترتب على أسلوب فقهاء المسلمين هذا أن الأحكام التى توصلوا

= به المعنى الذى لا يستقيم الكلام إلا بتقديره فصيغة النص لا يتضمن لفظاً يدل عليه ولكن استقامة المعنى تقتضى وجود هذا اللفظ.

وتقسم دلالة النص بمفهومه إلى نوعين: مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة. فمفهوم الموافقة اصطلاح يستعمله الشافعية، أما الحنفية فأسموه دلالة النص، وبعض الفقهاء يسميه القياس الأولى أو القيس الجلى، ويقصد بهذا النوع من القياس ثبوت حكم المنطوق به على المسكوت عنه لاشتراكهما فى علة تعتبر هى مناط الحكم من غير حاجة إلى نظر أو الاجتهاد. ويقصد بمفهوم المخالفة ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لمادل عليه حكم المنطوق لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم المنطوق به، وهذا القيد قد يكون صفة أو شرط دكتور/ صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص٢٩٣

إليهـا كانت لصيـقة بالأصل العام وهو الكتـاب والسنة، ولا يمكن أن تكون تلك الأحكام الجديدة وحدة مسـتقلة عن ذلك الأصل العام. وعلى هذا فإن دور الفقـهاء كان مـجرد دور تكمـيلى لا يستطيع إلغـاء حكم فى القرآن أو السنة بأى حال، وهنا يبـدو الخلاف واضحـاً بين الدور الذي قام به الفقـهاء المسلمين والدور الذي قام به الفقهاء الرومان[١].

رابعـاً: أهداف القـاعـدة القـانونيـة فى الشـريعـة الإسـلاميـة والقانون الرومانى:

القانون الروماني: توخي القانون الرومانـى غاية نفعية مـحض، والمنفعة التى سعـوا إلى تحقيقـها هي مصلحة الفـرد والحفاظ علي حـريته. ومن هنا رمى القـانون الرومانى إلى تنظيـم العلاقـات بين الأفراد بما يكفل الوصـول إلى ذلك الهـدف، ولهذا السـبب كانت مـصلحة الفـرد مفـضلة على مصلـحة الجماعة، فجاءت نظمة مشبعة بروح الأثرة والأنانية.وبالنظر إلي أن القانون الروماني يتوخى غاية نفعية فإنه فصل بين القانون والدين والأخلاق وضيق من دائرة القانون، ومن هنا اتسعت دائرة الأخلاق والدين عن دائرة القانون، بل إنه في بعض الحـالات يقـرر أحكامـاً تتنافى مع مـا تقـضى به الأخـلاق والدين، ومنها أن القـانون المدنى الرومانى كـان يعتد بالتـصرفات القـانونية ولو كانت الإرادة معيبة، جواز اكتساب الملكية بالتقادم حتى ولو كان واضع اليد سيء النية وغير مزود بسند صحيح ،كما أنه لا يحاسب الشخص الذي يسيء استـعمـال حقه إذ تسـوده قاعدة «مـا ظلمكك آخذ بحـقه»، وهو لا يعرف واجب مـساعدة الغـير ولا يضع مـبدأ عامـاً بضرورة تعويض الغـير

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى. دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر ، ص ٥٨

عما يلحقه من ضرر(١).

الشريعة الإسلامية: وضعت الشريعة الإسلامية لقواعدها هدفاً مثالياً يبتعد عن الأنانية، ويبغى صلاح الفرد والمجتمع معاً والوصول بهما إلى درجة الكمال، وسعت بذلك نحو تحقيق المجتمع المثالي الذى تتشابك فيه مبادىء الديانة مع قواعد الأخلاق مع أحكام القانون. فالشريعة الإسلامية تقصد إذاً تحقيق الضروريات وفي نفس الوقت الوصول إلى التحسينات(٢).

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: اشتراكيتنا الديمقراطية، ص ١٥ .

• ripert: La regle morale dans les obligations civiles, Paris 1949, p.33 .,

(٢) تعد غاية الأحكام فى الشريعة الإسلامية هى تحقيق الخير والنظام الخير و السمو بالسلوك الإنسانى نحو المثاليات، وبذلك فإن غايته مثالية، حيث أن الهدف منها هو تحقيق مصالح الناس جميعاً دون تفرقة، وهذه المصالح تتحقق بحفظ الضروريات وقضاء الحاجات وتوفير التحسينات. ولذلك تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية بحسب أهدافها ومقاصدها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الأحكام المتعلقة بحفظ الضروريات: وهى ما يقصد به المحافظة على خمسة أشياء هى: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وهى أمور تقوم بها حياة الناس بحيث إذا فقدت اختل نظام حياتهم. وللمحافظة عليها شرع الله لنا العقائد والعبادات المتمثلة فى أركان الإسلام فضلاً عن الجهاد فى سبيل إعلاء كلمة الله والدفاع عن الوطن وعن الدين والنفس والمال والعرض، وشرع القصاص والدية والكفارةوالزواج، وحرم شرب الخمر وكل مسكر وإن كان قليلاً، كما حرم الزنا والقذف والسرقة والغصب والإختلاس. ووضع لكل هذه الجرائم الحدود والتعزيرات الزاجرة والرادعة، كما أجاز الحجر علي السفية والمفلس والمريض مرض الموت وغير ذلك من الوسائل المشروعة التى تحافظ على هذه الأمور الضرورية للحياة الشرعية الشريفة =

والضرورات هى الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فيجب الحفاظ عليها وضمانها للمسلمين، أما التحسينات فهى الأمور التى تتطلبها الآداب والأخلاق[١]. وهكذا لم تقف الشريعة الإسلامية عند حد تحقيق المصالح النفعية كما فعل القانون الرومانى، بل قصدت كذلك تهذيب الفرد وتنظيم علاقته بخالقه، كما أنها قد أخذت القصد والنية بعين الاعتبار، واشترطت أن تكون هدف الفرد فى تصرفه متمشياً مع المبادىء الأساسية فى الإسلام[٢]. هذه الغاية المثالية للشريعة هى التى أدت إلى عدم الفصل بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية والدينية، فقامت كثير من النظريات

= القسم الثانى: الأحكام التى تهدف إلى قضاء حاجات الناس: وهى الأحكام التي تيسر علي الناس تحقيق مصالحهم ورفع الحرج عنهم، مثل إباحة الفطر فى نهار رمضان للمريض والمسافر والشيخ الهرم والحامل والمرضع، ودرأ الحدود بالشبهات، وغير ذلك من الأحكام الأخرى التي لا يترتب علي فقدها وعدم القيام بها اختلال نظام الحياة.

القسم الثالث: الأحكام التى يقصد بها توفير التحسينات: وهى ما يتطلبه سير الأمور علي أقوم منهاج، حيث ترجع إلى محاسن العادات ومكارم الأخلاق كالأمر بالطهارة والصدقة على سبيل التطوع والنهى عن الحسد والحقد والكراهية وعن بيع الإنسان على أخيه الإنسان وعن خطبته علي خطبة أخيه والنهى عن قتل الصبيان والنساءفى الحرب وإحراق الإنسان حياً أو ميتاً..إلخ. فهذه أمور لا يترتب على فقدها اختلال نظام الحياة أو فوات حاجاتهم. دكتور/ لاشين محمد الغاياتي: المدخل للعلوم القانونية، طبعة ٢٠٠١ / ٢٠٠٢، ص ٤٧ - ٤٨ .

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٥٩ .

(2) Morand: Etude de droit musulman algerien, 1910 , p.301 .

القانونية فى الفقه الإسلامى على أساس أخلاقى، مثل سوء استعمال الحق ونظرية الضرورة [١]، وهما نظريتان لم يعرفهما القانون الرومانى [٢].

---

(١) فالفقه الإسلامى يقيد استعمال الحق ليس فقط بعدم وجود نية إيذاء الغير أو انتفاء الإهمال أو المصلحة بالنسبة لصاحب الحق بل يقيد استعمال الحق أيضاً بالغرض الاجتماعى والإقتصادى الذى تقرر الحق من أجله. ومن أهم تطبيقات نظرية سوء استعمال الحق فى الفقه الإسلامى، حقوق الجوار والرفق بالمدين عند التنفيذ.

• Fathy: La doctrine musulmane de l'abus des droits, Lyon 1913 .

أما نظرية الضرورة فقد صاغها الفقهاء المسلمون على أساس بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى يعبر عنها في عدة قواعد كلية منها: لا ضرر ولا ضرار، المشقة تجلب التيسير، الضرورات تبيح المحظورات ، الضرر يدفع بقدر الإمكان... إلخ، ومن أهم تطبيقات هذه النظرية جواز فسخ عقد الإيجار بالأعذار أو بسبب الجوائح. وقد وصف الفقيه الفرنسى «لامبير» هذه النظرية بقوله: «تعبر نظرية الضرورة فى الفقه إسلامى أشد ما تكون جزماً وشمولاً، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة (شرط بقاء الحال علي ماهو عليه) وفى القضاء الإدارى الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزى فيما أدخله من المرونة علي نظرية استحالة تنفيذ الإلتزام تحت ضغط الظروف الإقتصادية التى نشأت بسبب الحرب، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة».

• Lambert: Le congres international de droit comparé, Rev. Alqanoun wel Iqtsad, 2 année, p. 302.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٩٩ .

خامساً: عمومية القاعدة القانونية الإسلامية وخصوصية القاعدة الرومانية:

القانون الرومانى: القاعدة القانونية الرومانية لم تكن عامة وإنما خصصت لأشخاص معينين لا تخاطب سواهم. فالقانون الرومانى خاطب فى بدايته أرباب الأسر دون سواهم، ثم أصبح يخاطب جميع الأحرار في مدينة روما (عام ٩٠ق.م)، ثم سار يخاطب جميع الإيطاليين (طبقاً لقانونى جوليا وبلوتيابابريا)، وطبقاً لدستور الإمبراطور كراكلا (عام ٢١٢م) طبق القانون الرومانى علي جميع سكان الإمبراطورية الأحرار. وقد بقى القانون الرومانى حتى فى أواخر أيام تطوره لا يخاطب من يعيش خارج حدود الإمبراطورية الرومانية، كما أنه لايخاطب طبقة الأرقاء(١).

الشريعة الإسلامية : إن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية لأن الرسول -ﷺ- أرسل للناس كافة، وجميع البشر مخاطبون بأحكامها بصرف النظر عن دينهم ولغتهم وجنسيتهم. لا فرق فى ذلك بين أعضاء الأسرة ورب الأسرة، ولا بين الرقيق والحر، ولا بين من يستظلون براية الدولة الإسلامية ولامن ينتمون إلى الدول غير الإسلامية (٢).

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر ، ص ٦١ .

(٢) مع ملاحظة أن الفقهاء المسلمين أباحوا للذميين وللمستأمنين داخل الدولة الإسلامية التعامل وفق أحكام ديانتهم في حالات معينة علي سبيل الاستثناء. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣٠١ .

المبحث الثالث

مقارنة لبعض النظم القانونية

فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى

ذهب بعض المستشرقين إلى وجود تشابه بين نظم القانون الرومانى والشريعة الإسلامية، المجال هنا ليس له متسع للدراسة المتعمقة لكل نظم القانون، ولذلك سنكتفى بمناقشة النظم القانونية الرئيسية فى المبادىء العامة التى تهيمن على النظم القانونية دون الدخول فى التفصيلات. كما أننا لن نتعرض هنا للنظم التى يعترف أنصار نظرية تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى بأنها قد نظمت في كلا القانونين بطريقة مختلفة مثل نظم القانون العام وقواعد القانون الجنائي(١)، ولن نتعرض - من جهة أخرى -

(١) نظم القانون العام هي القواعد التى تنظم العلاقة بين الفرد والدولة أو بين سلطات الدولة المختلفة أو بين الدول المختلفة،و من المسلم به أن البناء القانونى للقانون العام الإسلامى يختلف اختلافاً بيناً عن مثيلة الرومانى، ويدل علي أن الأفكار الإسلامية في هذا الصدد تعتبر أفكاراً أصيلة ومبتكرة، وعلي ذلك فلسنا فى حاجة إلى بيان مدى الإختلاف بين القانونين في هذا الصدد.

بالنسبة لقواعد القانون الجنائى،من المعروف لدى الجميع أن التشريع الجنائى الإسلامى يختلف اختلافاً بيناً عن التشريع الجنائى الرومانى سواء من حيث الفعل المعاقب عليه (الجريمة) أم من حيث العقوبة الواجبة التطبيق. بالإضافة إلى أن القانون الجنائى الإسلامى يشتمل على كثير من النظم الجنائية التى لانظير لها عند الرومان، مثل نظام الحسبة (وهو نظام يقابل نظام النيابة العمومية فى العصر الحديث) ونظام العقاب بالتعزير وهو نظام قائم على أساس ترك الحرية للقاضى فيما يتعلق بالفعل المعاقب عليه أو نوع العقوبة الواجبة التطبيق وكذلك مقدارها. =

= ومع ذلك فقد حاولت قلة من القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إثبات نوع من التشابه بين بعض القواعد الجزائية فى القانون الجنائى الإسلامى ومثيلاتها فى القانون الجنائى الرومانى، وقد تمخض ذلك عن استظهار نوع من التشابه - فى نظرهم - فى حالتين: عقوبة القطع وعقوبة السرقة.

فمن حيث عقوبة القطع، ذهب الأستاذ «لوبز Lopez» إلى القول بأن عقوبة القطع التى اقترح تطبيقها على مرتكبى جريمة تزييف المسكوكات فى القرن الأول الهجرى أخذت عن مرسوم غير معرف صدر فى عهد «هرقل».

• Lopez : Byzantine law in the seventh century and its reception by the Germans and the Arabs, in Byzantion, 1944 , p.545 .

ولكن هذا الرأى لم يلق قبولاً بين أنصار نظرية تأثر القانون الإسلامى بالقانون الرومانى أنفسهم، حيث ثبت من جهة أن القانون البيزنطى كان خلواً من تلك العقوبة فى تلك الجريمة. ولأنه ثابت من جهة أخرى أن عقوبة القطع عقوبة قديمة معروفة عند العرب قبل الإسلام، وأن عقوبة القطع فى الفقه الإسلامى تعتمد على النص القرآنى الذى يقضى بقطع يد السارق.

ومن حيث عقوبة السرقة، ذهب البعض إلى القول بأن هناك نوعاً من التشابه فيمايتعلق بعقوبة السرقة، طبقاً للفقه الحنبلى الإسلامى، بين الفقه الإسلامى والقانون الرومانى. حيث يذهب هذا الرأى إلى أن المذهب الحنبلى - خلافاًلبقية المذاهب - يأخذ بفكرة إلزام السارق بدفع ضعف قيمة الشىء المسروق إلى المسروق منه، ويستنتجون من ذلك أن هذه العقوبة أخذت عن القانون الرومانى الذى يقضى بإلزام السارق بدفع ضعف قيمة الشىء المسروق فى بعض صور جريمة السرقة.

• Schacht: Droit byzantin et droit musulman, 1956, p.18 .

ولكن هذا الرأى لا أساس له من الصحة، فالمذاهب الإسلامية المختلفة مجمعة على تطبيق عقوبة قطع اليد فى حالة السرقة إعمالاً للنص القرآنى الذى يأمر بها، والفقه=

للحلول الجزئية حيث أن التشابه فى الحلول الجزئية - بشهادة أنصار نظرية تأثر الشريعة بالقانون الرومانى أنفسهم- لا يعتبر دليلاً على التأثر.

أولا: الشخصية القانونية:

لاشك أن فكرة الشخصية القانونية تعد من أساسيات أى نظام قانونى، إذ أنها تبين من يكون أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات(١).

القانون الرومانى: اعترف القانون الرومانى بالشخصية القانونية للإنسان بشروط معينة

= الإسلامى لا يعرف الغرامة كعقوبة جنائية كما يفعل القانون الرومانى؛ والحالة الوحيدة التى ذهب فيها الحنابلة إلي ضرورة إلزام السارق بدفع ضعف قيمة الشىء المسروق ليست من باب توقيع عقوبة على جريمة السرقة بل هى من باب التعزيز، ذلك أن الحنابلة يرون توقيع الحد(يعنى قطع اليد) على السارق، فإن سقط عنه الحد لسبب من الأسباب (مثل سقوط الحد فى عام المجاعة) ألزموه بدفع ضعف قيمة الشىء المسروق. وقول «أحمد بن حنبل» صريح فى هذا الصدد، فهو يقول: «وكل من درأنا عنه الحد والقود أضعفنا عليه الغرم». وعلى ذلك لا وجه للمقارنة بين القانون الرومانى والمذهب الحنبلى فى هذا المجال فالأول يطبق عقوبة ضعف قيمة الشىء المسروق وفى بعض صور جريمة السرقة، أما الثانى فيطبق عقوبة القطع دائماً فى حالة السرقة إذا ثبتت الجريمة وتوافرت كل أركانها، فإنه سقط الحد دخلنا فى باب التعزير، والتعزير جد مختلف عن الحدود (ومن بينها السرقة).

نخلص مما تقدم إلى أن نظم القانون العام ونظم القانون الجنائى فى الفقه الإسلامى مختلفة كل الإختلاف عن مثيلاتها الرومانية.

دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص ١٢٣ - ١٢٦ .

(١) دكتور/ إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، القاهرة ١٩٥٥ ، ص١٥١ .

هى الحرية ، والجنسية الرومانية، وأن يكون رب أسرة أى أن يكون مستقلاً بحقوقه غير خاضع لسلطة غيره. ومن لا تتوافر فيه هذه الشروط الثلاثة المذكورة ليست له شخصية قانونية مهما بلغ سنة[١].

أما الشخصية القانونية لغير الآدميين، فقد عرفها القانون الرومانى استثناء، ومنحها للهيئات العامة كالدولة والبلديات كما عرفها بالنسبة للجمعيات والمؤسسات الدينية والاجتماعية. فالقانون الرومانى عرف فكرة الشخصية الاعتبارية والتى يتم بمقتضاها الفصل بين الشخص الاعتبارى وبين شخصيات الأفراد المكونين له[٢].

وإذا كانت القاعدة العامة هى ارتباط الشخصية القانونية بحياة الإنسان، فتبدأ بمولده وتنتهي بوفاته، إلا أن القانون الرومانى قد عرف بعض الحالات التى تزول فيها الشخصية القانونية رغم بقاء صاحبها علي قيد الحياة، وهذا هو ما يعرف بنظام الموت المدنى، ويعرفه الفقهاء الرومان بأنه تغيير يحدث لحالة الشخص نتيجة لفقد الشخص عنصراً من عناصر الشخصية الثلاث: ففقد الحرية يؤدى إلى الموت المدى من الدرجة

---

(1) Huveline: Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927,p. 218- 220

(٢) دكتور/ فتحي المرصفاوي: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٦٢ .

• Girard : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p.255 - 259.

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1927, T.1, p.337 - 345 .

• Cuq: Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, p.117

• Huvelien: Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, p.410

القصـوى، ويحدث عند وقوع الشـخص في حالة الرق، ويترتب على فـقد الحرية فقد الجنسية الرومانية والصفـة العائلية. وفقد الرعوية الرومانية يؤدى إلى الموت المدنى من الدرجـة الوسطى، ويحـدث فى حالة تجنس الشـخص بجنسيـة أجنبية أو إذا أسقـطت عنه الجنسية الرومـانية كعقـوبة له، ويترتب على فقد الجنسية فقد الصفة العائلية مع بقاء الشخص متمتعاً بالحرية. وفقد الصفـة العائليـة يؤدي إلى الموت المدني من الدرجة الدنيـا، ويحدث نتيـجة للتبنى أو الزواج مع السيادة.. إلخ، ولا يترتب على فـقد الصفة العائلية أى أثر بالنسبة لصفتي الحرية أو الجنسية الرومانية [١].

وللموت المدنى آثار تـختلف باختـلاف درجاته الثلاث. وقـد حدث تطور فى القانون الرومانى أدى إلى زوال كـثير من حالات الموت المدنى فى عصر الإمبراطور جستينان، ومع ذلك بقيت بعض حالات الموت المدنى فى ذلك العهد[٢].

---

(١) أنظر فى تفصيلات ذلك الموضوع:

- Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1934, p.212 - 213 .
- Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p.211 - 214 .
- Giffard: Précis de droit romain, Paris 1938, p.306 - 308 .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣٠٩ .

وأنظر فى تفصيلات الآثار القانونية للموت المدنى فى القانون الرومانى بحثنا «فكرة الحق فى القـانون الرومانى» المنشور بالمجلة العلميـة لكلية الشـريعة والـقانون بطنطا، العـدد الخامس عشر، ٢٠٠١م.

الشريعة الإسلامية: أخذ الفقه الإسلامى بمبدأ مخالف للمبدأ الذى أخذ به القانون الرومانى، حيث لايعترف الفقه الإسلامى بالشخصية القانونية إلا للإنسان وهو يقرر الشخصية القانونية للإنسان بصفته إنساناً دون تفرقة بين حر ورقيق مع ملاحظة أن شخصية الرقيق أضيق من شخصية الحر ودون تفرقة بين المسلم وغير المسلم ولا بين رب أسرة وإبن أسرة. كما أن الفقه الإسلامى لا يعرف فكرة الشخصية الإعتبارية، والسبب فى ذلك - فى رأي البعض - أن فقهاء المسلمين قد ربطوا بين الشخصية القانونية والذمة المالية والذمة لا يتصور وجودها إلا لدى الإنسان[١]. بينما أرجعها البعض الآخر إلى أن مصدر الفقه الإسلامى مصدر دينى والمخاطبين بأحكامه هم البشر ولا يتصور تكليف غير بنى الإنسان بتلك الأحكام[٢].

والقاعدة العامة فى الفقة الإسلامى هى أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان وتنتهى بوفاته، كما أن الفقه الإسلامى لا يعرف نظاماً شبيهاً بنظام الموت المدنى المقرر فى القانون الرومانى لأنه لايقيد اكتساب الشخصية القانونية بتوافر العناصر الثلاثة المقررة فى القانون الرومانى[٣].

ثانياً: الأهلية:

تنقسم الأهلية من وجهة نظر القانون إلى نوعين: أهلية وجوب

---

(١) دكتور/ محمد يوسف موسى: الأموال ونظرية العقد، ص٣١٧ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣٠٧ .

(٣)دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ، ص١٣٨ .

وأهليـة أداء. وأهلية الوجـوب تعرف بأنهـا الصلاحيـة لاكتسـاب الحـقوق والتحمل بالالتـزامات، وهى لذلك مرتبطة بالشخـصية القانونيـة فهى تبدأ منذ بداية الشـخصيـة القانونيـة وتنتهى بانـتهائهـا، وعلى ذلك تثبت أهـلية الوجـوب للإنسان منذ ولادته وتستـمر حـتى وفاته. أمـا أهلية الأداء فـهى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون فيرتب عليه آثاراً قـانونية، فـالشخص القـانونى قـد يكون أهلاً لوجوب الحـقوق له أو عليـه (أهلية الوجوب) ولكنه قد يكون عاجزاً عن التعبير عن إرادته تعبيراً يحدث أثراً قانونيـاً، ذلك أن التعبيـر عن الإرادة الذى يعتد به القـانون ويرتب عليه الآثار القانونية هو التعبير الصادر عن شخص قادر على تفهم وتقدير الآثار التى تنتج عن ذلك التـعبيـر، وهذا لا يتأتى إلا إذا توافـر التمييـز لدى ذلك الشخص، ومن ثـم كان التمـييز هـو مناط أهلية الأداء، لذلك تتـدرج أهلية الأداء بحسب حالة التمييز لدى الإنسان[١].

ويتفق القـانون الرومانى والفقـه الإسلامى فى اعتـبار كل من الطفل قـبل بلوغ سن السـابعة والمجـنون عديماً للتـمـييـز ومن ثم عـديما للأهليـة، فالتعـبير الصادر من أيهـما لا ينتج أى أثر من الوجهة القانونـية. ولكننا نجد فارقاً جوهرياً بين القانونين من حيث الأهلية الناقصة والأهلية الكاملة[٢].

القانون الرومانى: اعتبر القانون الرومانى الشخص دون الخامسة والعشرين ناقص

---

(١) دكتور/ إسماعيل غانم: محاضرات فى النظرية العامة للحق، ص ١٧٠ .

• Robert Villers: Rome et le droit privé, Paris 1982, p.47 .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣١٠ .

الأهلية رغم بلوغه، ومن ثم أخضعه لنظام الوصاية حتى بلوغ سن الرشد، ومنذ العصر البيزنطى ظهر نظام القوامة على القاصر عن سن الخامسة والعشرين وهو امتداد لنظام الوصاية، فمن بلغ سن البلوغ تنفك عنه الوصاية ولكنه يظل ناقص الأهلية ويخضع لنظام القوامة حتى سن الخامسة والعشرين[١]. كما أن المرأة الرومانية التى وصلت سن الرشد لا تكتمل أهليتها بل تستمر رغم ذلك ناقصة الأهلية ولذلك أخضعها لنظام الوصاية الدائمة، ولكن هذه الوصاية الدائمة على النساء زالت منذ القرن الخامس الميلادى، وخضعت النساء لنظام القوامة حتى سن الخامسة والعشرين حيث كان لا يطبق عليهم قبل ذلك إكتفاء بخضوعهن لنظام الوصاية الدائمة مثلهن فى ذلك مثل الذكور، وببلوغ هذه السن تصبحن كاملات الأهلية[٢].

الشريعة الإسلامية: يعتبر الفقه الإسلامي الإنسان كامل الأهلية متى وصل إلى مرحلة البلوغ بأن ظهرت أماراته عليه، ولكنه يعتبر ناقص الأهلية في المرحلة ما بين سن السابعة وقبل ظهور علامات البلوغ، وهو فى ذلك لا يفرق بين الرجل والمرأة[٣].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى، طبعة ١٩٦٥، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤١٣ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى، ص٤١٣ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣١١ .

وقد كشف الفقه الإسلامى عن ربطة بين أهلية الأداء ومراحل التمييز عندما تبنى فكرة «مرض الموت»، حيث أورد الكثير من القيود على تصرفات المريض مرض الموت بحيث تحد من أهليته. وهذا النظام لم يعرفه القانون الرومانى[١].

ثالثاً: نظام الأسرة:

نظر الفقه الإسلامى إلى الأسرة نظرة مغايرة لنظرة القانون الرومانى لها، لذلك جاءت النظم القانونية المتعلقة بها مختلفة فى كلا القانونين، ويتضح لنا ذلك من مقارنة النظم القانونية الرئيسية المتعلقة بالأسرة فى كلا القانونين.

أ- عرف القانون الرومانى نوعين من الزواج: الزواج مع السيادة، والزواج بدون سيادة. وفى النوع الأول من الزواج كانت السلطة على الزوجة تنتقل إلى أسرة الزوج وتعتبر هي بمثابة إبنة لزوجها، أما فى النوع الثاني من الزواج فكانت الزوجة تظل خاضعة للسلطة الأبوية التى كانت تخضع لها قبل زواجها وليس للزوج على زوجته سوى السلطة الزوجية. ومع الزمن بدأ النوع الأول من الزواج يتلاشى بحيث أصبح نادراً فى العصر البيزنطى، ومن جهة أخرى اعترف لكل من الزوجين فى النوع الثانى ببعض الحقوق والواجبات قبل الآخر. كما أخذ القانون الرومانى بمبدأ الزوجة الواحدة[٢].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٦٤

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣١٢ .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p.281 et s

• Giffard: Précis de droit romain, Paris 1938, p.227 et s.

أما الشـريعة الإسـلامية فلا تعرف نـظام الزواج مع السيـادة، كذلك نظمت العـلاقة بين الزوجين بطريقة مـختلفـة عن القانون الرومـانى، فالمرأة المسلمة تتمتع بالأهلية الكاملة والمهر حق مقرر لها.

كـمـا أن حق الإرث مـقـرر بين الزوجين بعكس الحـال في القـانون الروماني الذى لا يعترف بهذا المبدأ إلا فى حالات استثنائية، كما أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ تعدد الزوجات[١].

ب- عرف القانون الرومانى نظام الطلاق، وكـان الطلاق مباحاً لأى من الزوجين وخالياً من كل قيد. وبعد انتشار المسيحية - وبصفة خاصة فى عهد جستنيان- قيـد حق الطلاق بالنسبة للزوجين وأصبح لايجوز من أحد الطرفين فى غير الحالات المقررة وإلا عـوقب بعقوبات مالية، إلا أن الطلاق على أى حال كان يقع[٢].

أما الشريعة الإسلامية فعـرفت نظاماً مختلفاً للطلاق، فهو بيد الزوج وحـده، ولكن تستطيـع المرأة طلب التطليق قـضاء من زوجـها فى حـالات معينة. وحـرية الرجل في الطلاق مقيدة فى الشـريعة الإسلامية بقـيود زمنية حيث جعلته رجعياً ولا يتجاوز ثلاث مرات[٣].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص ١٤١ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر، ص ٦٥ .

• May (G): Eléments de droit romain, Paris 1907 , p.141 .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p.284 .

• Giffard : Précis de droit romain, Paris 1938, p. 249 .

(٣) الشيخ / محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، القاهرة١٩٥٠، ص ٣٧٦ وما بعدها

ج- كـان القانون الرومـان يعطى رب الأسـرة سلطات واسعـة على أفـراد أسرته، ومـصادر هذه السلطـة تنحصـرفي : الأولاد الذين ولدوا من زواج شرعى، والأشخاص الذين يدخلهم رب الأسرة فى أسرته عن طريق التبنى، لأولاد المولودون من علاقة غيـر شرعية إذا صحح الأب النسب بأن منحهم البنوة الشرعـية وقد ظهر نظام تصحيح النسب فى العـصر البيزنطى تحت تأثيـر المسـيحـيـة. وهذه السلطة كـانت سلطة مطلقـة تمتـد إلى أرواح وأموال الخـاضعين لهـا حيث أنهم لايتـمتـعون بالشـخصـية القانونـية ولم يعترف لهم بها إلا فى عصر الإمبراطورية السفلى وبصورة مقيدة، وبالرغم من أن هذه السلطة خضت بالتدريج خلال العصور المختلفة إلا أن كثيراً من آثارها بقيت حتى العهد البيزنطـى. كما أن القانون الرومانى لم يعرف المبدأ الذى يقضى بتحرير الإبن من السلطة الأبوية بمجرد بلوغه سن الرشد[١].

أما فى الشريعة الإسلامية فـتنحصر مصادر السلطة الأبوية فى مصدر وحيد هو الولادة من زواج شرعى فـقط، كما أن آثار تلك السلطة لا تعطى للأب حق تملك الأمـوال التى تؤول للإبن حـيث يعتـرف الفـقه الإسـلامى للإبن بشخصية قانونية مستقلة ومن ثم ذمة مالية مستقلة أيضاً. كما أن هذه السلطة تنتهى ببلوغ الإبن سن الرشد. وهذه السلـطة ممنوحة للأب فى الفقه الإسلامى لـصالح الإبن بخـلاف الحال فى القانـون الرومانى حيـث كانت السلطة الأبوية معـترفاً بهـا لرعاية مصـالح الأب، ولذلك تأخذ ولاية الأب على أولاده فى القانون الرومـانى صورة السلطة بينمـا لا تتجاوز فى الفـقه الإسلامى صورة الولاية على النفس[٢].

---

(1) Monier: Manuel élémentaire de droit romain, T.1, Paris 1947, p.476 et s.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، ص ٣١٤

د- وقد مر نظام الإرث فى القانون الرومانى بتطور طويل إلى أن نظم فى عهد الإمبراطور جستنيان بمرسومين (المرسوم رقم ١١٨ لسنة ٥٤٣، والمرسوم ١٣٧ لسنة ٥٤٨) رتب من خلالهم جهات الاستحقاق فى الميراث حيث تنتقل التركة فى الأصل إلى الفروع يقسمونها على قدم المساواة دون تمييز الذكر عن الأنثى، أما فى حالة عدم وجود فروع فإن التركة تنتقل إلى الأصول ويشاركهم فيها الأخوة الأشقاء، وفي حالة عدم وجودهم تنتقل التركة إلى الحواشى. كما أن القانون الرومانى يأخذ بقاعدة قيام الفرع مقام أصله فى الحالتين الأولى والثالثة. كما أن القانون الرومانى قدوضع مبدأ خطير وهو التزام الورثة بدفع التزامات المورث مهما بلغت، حتى ولو زادت عن مبلغ التركة، وذلك في حالة قبولهم للتركة. وحجتهم فى ذلك أن شخصية الوارث تعتبر امتداداً لشخصية المورث، وبذلك تختلط الذمة المالية للمورث والورثة[1].

ويختلف نظام الإرث فى الشريعة الإسلامية اختلافاً جوهرياً عن نظام الإرث عند الرومان، فقد أعطت الشريعة الإسلامية حق الإرث للأب والأم مع الفروع، كما أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بمبدأالمساواة فى الإرث بين الذكور والإناث بل جعلت للذكر مثل حظ الأنثيين. والفقه الإسلامى لا يأخذ بقاعدة قيام الفرع مقام أصله فى الإث- مع ملاحظة أن بعض الآراء تأخذ بنظام الوصية الواجبة - خلافاً للقانون الرومانى. كما أن

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص٦٧ .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, T.1, Paris 1947, P47 et s.

بعض ذوي الأحّام يشتركون فى التركة مع الأصول والفروع . كما أن التركة تسدد منها الديون، فالوارث غير ملزم بديون المورث إلا في حدود التركة ودن زيادة(١).

رابعا: نظام الشفعة:

ذهب بعض المستشرقين إلى القول بأن نظام الشفعة المعروف لدى فقهاء السلمين مأخوذ من نظام الاسترداد المعروف في القانون الرومانى فى عصر الإمبراطورية السفلى(٢). وقد وقف جانب آخر من هؤلاء المستشرقين عند حد القول بأن فقهاء المسلمين قد اتخذوا من نظام الاسترداد المعروف فى القانون الرومانى مجرد نموذج لهم فى فكرتهم عن الشفعة، دون أن يصلوا إلي حد النقل التام.

وهذ القول لا أساس له من الصحة، فقد أثبت الأستاذ Roussier(٣) . بعد بحث دقيق للموضوع أن نظام الشفعة الإسلامى يختلف عن نظام الاسترداد الذى عرفه القانون الرومانى فى العصر البيزنطى، ولا علاقة بينهما إلا من حيث الغرض الذى برميان إلى تحقيقه، ووحدة الغرض

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ، ص ١٤٥ .

(2) Bussi: Ricerche intorno alle relationi fra ritratto bizantioe musulmano, Milano 1933 .

مشار إليه بمؤلف أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب: بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، ص١٤٧ .

(3) Roussier: Revue Hestorique de droit francais et etranger, 1934 .

هذه تفسر بوحدة الظروف الاجتماعية والإقتصادية في المجتمعين العربي والبيزنطى[١].

ونحن من جانبنا نؤكد على أن نظام الشفعة الذى تعرفة الشريعة الإسلامية لا صلة له بنظام لاسترداد، وذلك للأسباب الاتية:

من الثابت أن نظام نظام الشفعة كان معروفاً لدى عرب الجاهلية فهو نظام عربى أصيل أو نظام سامي إن شئنا الدقة فى التعبير[٢].

كذلك فإن نظام الشفعة الإسلامى ونظام الاسترداد الرومانى يختلفان من حيث الشروط، فالاسترداد يقتصر على حق الحكر ، ومضمونه إلزام صاحب الحكر إذا أراد بيعه أن يحصل على موافقة مالك الرقبة ويكون لهذا الأخير رفض السماح بالبيع بشرط أن يدفع نفس الثمن الذى عرضه

---

(١) وقد قال بهذا التعليل الأستاذ «شاخت».

• Schacht : Droit byzantin et droit musulman, 1956, p.17 .

(٢) فقد نقل الحطاب فى مواهب الجليل عن ابن رشد فى مقدماته أن: «الأصل في تسمية هذا الحق شفعة أن الرجل في الجاهلية إذا اشترى حائطاً (أى بستان) أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزل أتاه جاره أو شريكه فشفع له فى أن يوليه إياه (يعنى يتملكه من المالك بمثل ماملك) ليتصل الملك أو يندفع عنه الضرر حين يشفعه فيه، فسمى لذلك شفعة».
كما أن ذلك النظام كان معروفاً فى القانون البابلى، حيث كان من الجائز للجارأن يشفع فى الأرض التى حدث بصددها التصرف ويحل محل من اشتراها بعد أن يسدد له الثمن الذى دفعه. والقانون اليهودى أيضاً كان يعرف الشفعة وقد كان الحق فى الشفعة لدى اليهود لأقرب أقارب المتصرف وبعد أن يدفع للمشترى الثمن الذي اشترى به خلال سنة من تاريخ البيع. دكتور/ فتحى المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٧٣ .

المشترى ، كما له أن يسمح بالبيع مقابل الحصول على نسبة من الثمن الذى عرضه المشترى حددها القانون الرومانى باثنين فى المائة. أما نظام الشفعة لدى المسلمين فإنه يتعلق بالشريك فى العقار أو الجار، ويهدف إلي دفع الضرر عن الشركاء أو الجيران ولذلك يعتبر من أهم تطبيقات النزعة الخلقية التى تسيطر على الفقه الإسلامى(١).

خامساً: نظام الوقف:

ذهب بعض أنصارنظرية تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى إلى أن نظام الوقف الخيرى المعروف فى الفقه الإسلامى تأثر بنظام المؤسسات الدينية المعروف فى القانون الرومانى، كما أن نظام الوقف الأهلى تأثر بنظام الاستئمان. وزعموا أن نظام الوقف وضعت قواعده الفنية خلال القرن الثانى الهجرى(٢).

وهذا الرأى قد تم تأسيسة على دعائم واهية، فأساس الوقف فى الإسلام ورد فى السنة النبوية الشريفة(٣)، أضف إلى ذلك أن جذور نظام

---

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعةالإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣١٩ .

(2) Morand: Etudes de droit musulman algerien, Alger, 1910, p.250 .

(٣) روى البخارى ومسلم عن نافع عن عبد الله بن عمر قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبى صلي الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يارسول الله إنى أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندى منه فما تأمرنى به؟، قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها قال: فتصدق بها عمر أنه لايباع أصلها =

الوقف وجدت وعرفت عند العرب في العصر الجاهلى[١].

وفيما يتعلق بالتشابه الذى لاحظه البعض بين نظام الوقف الخيرى ونظام المؤسسات الدينية فهو تشابه ظاهرى. فالقانون البيزنطى عرف نظام مؤسسات الكنيسة والمؤسسات الخيرية التى تقوم على رعاية الفقراء والعجزة، وهى كلها تتضمن معني رصد مجموعة من الأموال لتحقيق وجه من وجوه البروالخير. ونفس المعنى نجده فى نظام الوقف الخيرى الذى يقوم على أساس حبس عين معينة عن أن تكون ملكاً لأحد من الناس وجعل ريعها لجهة من جهات البر والخير. فالنظامان متشابهان من حيث الغرض، ولكنهما مختلفان من حيث الوسائل الفنية التى استعملها كل من القانونين لتحقيق ذلك الغرض المتشابة. فالقانون الرومانى اعترف لهذه المؤسسات بالشخصية المعنوية بينما لم يعرف الفقه الإسلامى مبدأ الشخصية المعنوية لذلك جعلوا الأموال الموقوفة علي حكم ملك الله، كما أن النظامين مختلفان من حيث شروط صحة الوقف وآثاره وإدارته[٢].

= ولايبتاع ولايورث ولا يوهب.قال فتصدق بها عمر على الفقراء وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضعيف. لا جناح عل من وليهاأن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه.

(١) من هذا الرأي:

Bussi: Principi di diritto musulmano.

أشار إليه أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب فى مؤلفه: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣١٩ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى،ص ١٥٠ .

أما ما قيل عن تشابه الوقف الأهلى مع نظام الاستئمان فهو بعيد كل البعد عن الحقيقة. فنظام الاستئمان البيزنطى يقوم على أساس أن شخصاً يوصى بماله أو بجزء منه إلى شخص آخر ويكلفه فى نفس الوصية برد ذلك المال- كله أو بعضه بعد استيفاء جزء منه له- إلى أشخاص يعينهم له فى الوصية. ولكن نظام الوقف الأهلي- والذى ظهر في عهد لاحق لنظام الوقف الخيري- يقوم على أساس حبس العين والتصدق بريعها في وجوه البر والخير فى المآل، فالريع يذهب أولاً إلى الواقف نفسه أو ذريته من بعده أو غيرهم من الناس - طبقاً للشروط التى يحددها الواقف- ثم يؤول من بعدهم إلي جهة الخير التى يحددها الواقف. فالوقف الأهلى ونظام الاستئمان يتفقان من حيث إمكان إفادة شخص معين من تركة شخص آخر عن غير طريق خلافته بالإرث الشرعى، ولكنهما- فيما عدا تلك الخصوصية - مختلفان كل الاختلاف، فطبقاً لنظام الاستئمان يؤول المال بصفة نهائية إلى من يحددهم الموصى، ولكنه طبقاً لنظام الوقف الأهلى يؤول من بعدهم إلى جهة الخير، كما أن الشروط التى وضعها القانون الرومانى علي حرية الموصى والمستأمن مختلفة كل الاختلاف عن مثيلاتها فى الوقف الأهلى[1].

سادساً: مبدأ سلطان الإرادة[2]:

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على شقين: أولهما هو كفاية الإدارة بذاتها

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٣٢١

(٢) أنظر فى تفصيلات هذا الموضوع رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ تحت عنوان «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقة الإسلامى»

لإنشاء التصرفات القانونية، وهو ما يعبر عنه بالرضائية، ثانيهما هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانون، وهو ما يعبر عنه بالتعبير المشهور «العقد شريعة المتعاقدين».

لم يعرف القانون الرومانى طيلة مراحل تطوره مبدأ سلطان الإرادة، حيث أن هذا القانون لايعرف سوى مجموعات من العقود تعتبر نماذج يلتزم الأفراد - وقت إنشاء عقد من العقود - باختيار عقد ينتمى إلى إحدى هذه المجموعات دون أن يكون لهم حق إنشاء عقد جديد لاينتمى إلى إحداها تطبيقاً لقاعدة «الإتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى»، وهذه النماذج مقرره إما فى القانون المدنى أو فى القانون البريتورى[1]. وقد استمر القانون الرومانى مشبعاً بتلك الفكرة فى العصر العلمى علي الرغم من ظهور العقود الرضائية التى يكفى الرضا لإنشائها ، حيث أن الإرادة لا تنتج بذاتها أى أثر قانونى مالم تفرغ فى القالب الذى حددة القانون وهو مايعرف بقاعدة الشكلية والتى كانت قاعدة أصولية فى القانون الرومانى[2]. وفى العصر البيزنطى، وعلى الرغم من تدهور الشكلية

---

(١) عرف القانون الرومانى العقود الرسمية (العقود الشفوية والعقود الكتابية)، والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة. وبجوارها عرفت الاتفاقات البريتورية والاتفاقات الإمبراطورية.

(2) Girard: Manuel de droit romain, 8éd, 1929, p.705 .

• Monier: Les obligations dans le droit romain, 1948,p.190 .

• I hering: Esprit du droit romain, Paris 1918, t.III, p.192.

• Lepointe et Monier: Les obligations en droit romain et dans l'ancin droit francais, Paris 1945, p.181 . =

وتفاعل القانون الرومانى مع الفلسفة الإغريقية والفكر المسيحى والقوانين الشرقية، وظهور اتجاه نحو الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة[1]، إلا أن الرومان حتى عصر جستنيان لم يقرروا الأخذ بذلك المبدأ.

ومن المسلم به أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة منذ نشأتها، حيث يعتبر من المبادىء الأساسية فيها، فهى لا تعرف الشكليات والرسميات، والرضا وحده كاف لنشأة الالتزام التعاقدى. وهو مبدأ عام

= • Gaston May: Elements de droit romain, 9éd, Paris 1907, p.757

• Petit (Eugene): Traité élémentaire de droit romain, Paris 1909, p.646 .

• Brissaud: Manuel d'histoire du drait privé, Paris 1908, p.506 .

(١) ففي العقود غير الرسمية بدأت الإرادة الضمنية أو الصريحة تلعب دوراً فعالا فى العقد، فأصبحت قادرة على تحديد آثار العقد مادامت لم تتجاوز الحدود التى رسمها القانون لذلك العقد، بل أصبح فى مقدورها عن طريق اتفاق صريح أن تغير من الآثار الطبيعية للعقد.

وفي عصر جستنيان عرف الفقيه «تيوفيل» العقد بأنه : «اتفاق ورضى شخصين أو أكثر على شىء معين بقصد إنشاء التزام وجعل أحد الطرفين مديناً فى مواجهة الأخر ». ورغم التشابه الكبير بين هذا التعريف وتعريف الفقهاء للعقد فى العصر الحديث، فإن هناك فارقاً كبيراً بينهما. ففى القانون الحديث فإن كل اتفاق مشروع بين طرفين بقصد إنشاء التزام يكون عقداً يحيمه القانون، أما فى عهد جستنيان فلا يعتبر عقداً إلا تلك الاتفاقات التى منحها القانون المطبق فعلاً قوة فى إنشاء الالتزامات. دكتور/ صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص ٣٣٠ .

التطبيق[١]، فالمدين يلتزم برضائه المجرد عن الشكليات، والملكية تنتقل فور انعقاد العقد وبموجبة. ويرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية ترتكز علي مبادىء خلقية[٢]. كما أن الشريعة الإسلامية لا تعرف مجموعات خاصة بالعقود، حيث يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل فى العقود وما تتضمنه من شروط الإباحة إلا إذا ورد نص بالتحريم[٣]، فهى ترسم حدوداً لإرادة الطرفين بحيث لا يمكنهما تخطيها، وهو مانسميه في القانون الحديث بالنظام العام، هذه الحدود وضعها الحديث الشريف « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

---

(١) يستثنى من ذلك الخلاف الذى حدث بين الفقهاء بصدد صيغة عقد الزواج وبصدد الفعل الذى يستعمله المتعاقدان فى التعبير عن إرادتيهما، هل يجب أن يصدر فى صيغة الماضى أم يجوز صدوره فى صيغة المستقبل، وهل يباح استعمال صيغة المضارع. وفيما عدا ذلك تتسم الشريعة الإسلامية بطابع الرضائية وتبتعد عن الشكليات.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، ص ١٦١ .

(٣) يذهب أهل الظاهر - خلافاً لجمهور الفقهاء وخاصة الحنابلة - إلى إبطال العقود والشروط التى لم يجزها الشارع الإسلامى، وهم بذلك لايطلقون حرية التعاقد، وآثار العقود وأحكامها جميعاً من عمل المشرع ومن ثم فالأصل فيها المنع حتى يقوم الدليل علي الإباحة. وعلي ذلك لا تكون هناك عقود سوى التى وردت بها الآثار ودلت عليها المصادر الشرعية والأدلة الفقهية، ومالم يرد عليه دليل فهو ممنوع والوفاء به غير لازم أنظر فى تفصيلات ذلك الخلاف رسالتنا للحصول علي درجة الدكتوراه «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى». ص ٣٥٧ وما بعدها

ويخلص من ذلك إلى أن القانون الرومانى لم يعرف مبدأ سلطان الإرادة بينما أخذت به الشريعة الإسلامية منذ نشأتها، وهذا الاختلاف بين التشريعين يرجع إلى الاختلاف فى تصوير طبيعة العمل القانونى، فالقانون الرومانى تسوده الشكلية بعكس الشريعة الإسلامية[1].

سابعاً: التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى:

عرف الرومان التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصى، تلك التفرقة التى تعتبر من المبادىء الأساسية فى التشريعات المعاصرة التي أخذت عن القانون الروماني، وقد نشأت هذه الفكرة عند الرومان نتيجة لتصورهم الخاص بنظام الدعاوى، فقد قسموها إلى دعوى عينية ودعاوى شخصية، فأطلقوا اسم دعوى الرهان العينية على الدعوى التى يطالب فيها الشخص بتقرير سلطته على شيء معين، وأطلقوا عليها اسم دعوى الرهان الشخصية إذا كان يطالب بتقرير سلطة على شخص[2]. وتقسيم الدعاوى إلى دعاوي شخصية ودعوى عينية أدى - بطرق غير مباشر - إلى تقسيم الحقوق إلى حقوق شخصية وحقوق عينية نظراً لاختلاط الحق بالدعوى التي تحميه عند

---

(١) دكتور/ فتحي المرصفاوى: دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٦٩.

(٢) أطلق الرومان على تلك الدعوى دعوى الرهان لأن كلاً من الطرفين المتنازعين كان يتعهد بأن يدفع للخزانة العامة مبلغاً من المال (٥٠ آس أو ٥٠٠ آس تبعاً لما إذا كان موضوع النزاع تقل قيمته عن ١٠٠٠ آس أو تزيد) إذا هو خسر الدعوى علي إعتبار أنه غرامة ويضمنه فى هذا الرهان كفلاء وموضع الدعوى المباشر هو البحث فيمن يخسر هذا الرهان دكتور/ محمد عبد المنعم بدر. دكتور/ عبد المنعم البدراوى: مبادىء القانون الرومانى "تاريخه ونظمه". ص ٣٩

الرومـــان(١). فالحق الشخـصى عند الرومان عبارة عن رابطة قـانونية بين

---

(١) لا يعترف القـانون الرومانى بالحق إلا من خلال إجراءات الدعـوى، ولما كانت الدعاوى واردة على سبيـل الحصر عند الرومان، ولكل منهـا إجراءاتها الخاصة بهـا، وتسمى باسم معين، لذلك لا يعـترف القـانون بالحق إلا بالقـدر الذى يسـمح به نظام الدعـاوى وفى حدودها، فلا يوجد حق إلا حيث توجد دعوى.

فالمتتبع للقانون الرومـاني- خاصة فى أول عـهده - يجد أن الرومـان كانوا ينظرون إلى الحق لا كـفكرة قانونيـة فى مسيس الحاجـة إلى دراسة فلسفية تعلل وجـودها وتفسر مضـمونها، بل كانوا ينظرون إليه نظرة مادية وكطريقـة تنظيميـة ممثلة فى الدعوى. فلم تظهر الفكرة القانونيـة للحق إلا عن طريق حمايته بالدعـوى، واعتبروا الدعوى كمـعيار ورمز لـوجوده. ويرجع ذلك إلى أمـرين: الأول: أن الشكلية كـانت عنصـرا أساسيـاً في القـانون الرومانى بوجـه عام، وفي نشـأة الحق بوجه خـاص، وما الدعـوى فى صورتـها البدائية عند الرومان إلا نوع من الشكلية المعقـدة. الثانى: أن الرومان كانوا لا يعرفون إلا الحقوق التى يحدد القانون شروط وجودها. وكلما أوجبت ظروف الحياة الاعتراف بنوع جـديد من الحقـوق، فـلا يكون ذلك إلا عن طريق الدعـوى. ومـعنى هذا أنه بدلاً من أن تكون الدعوى وليدة الحق- بـاعتبارها عنصر حـمايته- كانت الدعوى عـاملاً في وجود الحق والاعتراف به، وأصبحت كل دعوى لفظاً ومعنى معبرة عن حق: لفظاً: باستعمال الاصطلاح عن الدعوى للدلالـة على الحق الذى تحميه، ومعني: لأنها تمثل صفات هذا الحق، ولذا امتزجت الدعوي بالحق.

- Lioy (Diodato): La philosophie du droit, Paris 1887, p.6 .
- May (Gaston) : Eléments de droit romain. Paris 1907, p.577 - 578.
- Monier (Reymond) : Manuel élémentaire de droit romain. Paris 1948, t.2, p.91 93 .

=

شخصين - دائن ومدين - بمقتضاه يستطيع الدائن جبر المدين على إعطاء شيء أو على القيام بعمل أوعلى الامتناع عن عمل، أما الحق العينى فهو عبارة عن سلطة يمنحها القانون لشخص معين على عين معينة(١).

ولم تعرف الشريعة الإسلامية تقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية، حيث عرفت تقسيماً آخر تميزت به وهو الدين والعين(٢). ومناط هذا

= • Petit (Eugéne): Traité élémentaire de droit romain, Paris 1909, p.646 et 651 - 652 .

• Jouanneaux (A.): Recueil de maximes et citations l atines a l'usage de monde judiciaire, Paris 1932 , p.17 - 27 .

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، ص ٢٣٣ .

(٢) اختلف الباحثون فى بيان سبب عدم التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية فى الشريعة الإسلامية. فذهب الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى إلى القول: «منذ برز التمييز بين الدين والعين فى الفقه الإسلامى لم يظهر التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى. وسبب ذلك واضح، فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العينى فى خصائصه، وابتعد عن الدين. فالالتزام بالعين ينصب كالحق العيني على العين بالذات، وهو كالحق العينى أيضاً لا يحتاج إلي وساطة المدين لا تتبعه المطالبة ولايرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء. ولا كذلك الدين فهو لا ينصب علي عين بالذات بل يتعلق بالذمة، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء. ولما اقترب الإلتزام بالعين من الحق العينى وابتعد عن الدين، أمكن ادماج الالتزام بالعين فى الحق العينى وإطلاق لفظ العين عليهما جميعاً، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين... فبرز التمييز بين الدين والعين... وستر ببروزه التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى. وعلى ذلك فعدم ظهور التمييز بين الحق =

التقسيم التعلق بالذمة المالية للشخص أو عدم التعلق بها، فمتى كان الحق متعلقاً بذمة الشخص كان ديناً، إذا تعلق بعين معينة بالذات فهو عين. والحق يكون متعلقاً بالذمة إذا كان محله مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية، كما فى عقد القرض حيث يلتزم المقترض برد مبلغ من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها من المقرض، وكما فى عقد البيع حيث يلتزم المشترى بدفع ثمن نقدى أو أشياء مثلية إلى البائع. وإذا كان الحق يرد علي عين معينة بالذات سمى عيناً، ومثال حالة تمليك الأعيان

= العينى والحق الشخصى راجع إلى وجود تمييز آخر بين الدين والعين» أنظر مؤلف سيادته: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، «دراسة مقارنة بالفقه الغربى»، طبعة ١٩٦٧، الناشر دار إحياء التراث العربي، ص ٢٠. بينما يذهب الأستاذ الدكتور/ شفيق شحاته إلى القول بان: «عدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصى راجع إلي الصبغة المادية التي اصطبغ بها الحق الشخصى فى الشريعة الإسلامية مما جعله يقترب من الحق العينى، فقد اهتم الفقهاء الشرعيون بموضوع الحق دون طرفيه، ولما كان محل الحق هو الذى يظهر الحق، لم يلفت نظر الفقهاء تدخل الشخص فيما بين موضوع الحق وصاحبه. ولما كان الشىء المعين، عندما يكون محلاً للالتزام، يكون فى غالب الأحيان محلاً كذلك لحق عينى، فإن الحق العينى قد حجب عن نظر الفقهاء الحق الشخصى. فلم يظهر هذا النوع من الالتزام ظهوراً كافياً. ولما كان الالتزام بعين ليس فى الواقع إلا عبارة عن التزام بتسليم شىء أو بصنع شىء أو بالانتفاع بشىء، فإن الفقهاء قد وقفوا عن الشىء محل الالتزام، وأهملوا النظر إلي الشخص الذى يطلب منه العمل والشخص الذى يطلب العمل». انظر رسالة سيادته للحصول على درجة الدكتوراه والمقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٣٦ تحت عنوان «نظرية الالتزامات فى الشريعة الإسلامية»، ص ١٨٩ .

بعوض، وحالة تمليك منفعة العين بعوض (كالإجارة والإعارة) ، وحالة الالتزام بتسليم العين (كالتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة)، أو تسليم العين لحفظها على سبيل الوديعة[١].

يتضح مما سلف أن فكرة الدين لدى المسلمين تختلف عن فكرة الحق الشخصى، لأن الدين يشمل الالتزامات التى يكون محلها مبلغ نقدى أو شىء مثلى، وبالتالى يخرج عنها الالتزام بعمل أو امتناع . كما أن فكرة العين لدى المسمين أوسع من فكرة الحق العينى، إذ أنها تغطى جميع صور الحق العيني مضافاً إليها حالات الالتزام بأداء عمل(الاالتزام بتسليم عين معينة أو حفظها أو تملك منفعتها)[٢].

(١) أنظر المواد ١٦٩، ١٧٠، ١٧١ من مرشد الحيران لقدرى باشا.

(٢) دكتور / فتحى المرصفاوى. دراسة تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر، ص ٧١

محتويات الكتاب

الموضوع	رقم الصفحة

رقم الإيداع بدار الكتب

١٨١٢٤ / ٢٠٠١